

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La atipicidad en derecho de sociedades : (contribución al estudio de los aspectos estructurales y funcionales de las sociedades de personas)

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Luis Fernández de la Gándara

Madrid, 2015

Luis Fernández de la Gandara

LA ATIPICIDAD EN DERECHO DE SOCIEDADES

**(Contribución al estudio de los aspectos
estructurales y funcionales de las
sociedades de personas)**

**Tesis realizada bajo la
dirección del**

**Prof. Dr. D. José Girón Tena
Catedrático de Derecho Mercantil**

**y presentada en la Facultad de
Derecho de la Universidad de
Madrid para la obtención del
Grado de Doctor**

VALLADOLID

1.975



**BIBLIOTECA
DE DERECHO**

1 37822994

I N D I C E

INTRODUCCION

1

PRIMERA PARTE

CAPITULO PRIMERO

- Problemas de estructura en Derecho de Sociedades -

A. Consideraciones preliminares: La configuración es	
estructural del Derecho de Sociedades	10
I. El Derecho de Sociedades como fenómeno histó	
rico jurídico: Remisión	12
II. Cuadro de intereses de los esquemas legisla	
tivos societarios	19
III. Los aspectos estructurales del Derecho de so	
ciedades	35
B. Los problemas de estructura del Derecho de Socie	
dades	42
I. Problemas de estructura externa	49
1. Creación de nuevas figuras	51
2. Aplicación de las formas sociales a fines	
no tenidos en cuenta por el legislador	66
a) Sociedades personalistas sin finalidad	
lucrativa	74
b) Cooperativas con finalidad lucrativa	83

c) Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada sin finalidad típica	89
II. Problemas de estructura interna	105
1. Sociedades personalistas organizadas corporativamente	
a) Indicaciones generales	106
b) Principales modalidades en el ámbito de las relaciones jurídicas internas de carácter administrativo	114
aa) Reserva de la competencia administrativa directa a determinados socios colectivos	117
bb) Reserva de la competencia administrativa directa a socios limitadamente responsables	
1.1. Consideraciones generales	122
2.2. El fenómeno de las cuentas en participación en particular	125
cc) Atribución de la competencia administrativa directa a terceros no socios	135
dd) Las relaciones jurídicas internas de carácter corporativo	145
(1.1.) Caracterización de esta actividad	147
(2.2.) Acuerdos sociales	155
c) Configuración contractual de las relaciones jurídico-patrimoniales	161
2. Sociedades de capitales con una estructura organizativa de carácter personalista	169
a) Supuesto de hecho	169
b) Problemas que plantea	179

III

aa) Posición de los socios minoritarios	179
bb) Situación de los acreedores sociales	188

CAPITULO SEGUNDO

- El fenómeno de la atipicidad societaria -

A. Orígenes del problema en la doctrina	195
B. El tratamiento de la atipicidad societaria en derecho comparado: directrices legislativas	200
I. Derecho italiano	201
II. Derecho suizo	210
III. Derecho alemán	218
1. Contenido vinculante del derecho positivo	228
2. Límites "inmanentes" de la autonomía de voluntad	234
a) De carácter jurídico societario	
aa) La naturaleza de los institutos legales como límite de la libertad contractual	234
(1.1.) Fundamentos conceptuales	236
(2.2.) Aplicación de esta construcción al derecho de sociedades	242
bb) Autonomía contractual y normatividad de los tipos legales	245
b) Límites inmanentes de carácter no societario	249

IV

aa) Limitaciones a la libertad contractual desde el punto de vista de la constitución económica	251
bb) Límites de carácter institucional	271
(1.1.) Consideraciones introductorias	
(2.2.) La aplicación del pensamiento institucional en derecho de sociedades	
IV. Derecho español	278
1. Creación de nuevas figuras por los particulares	280
2. Posibilidad de elección entre las figuras del catálogo legal	285
3. Modificaciones del contenido del contrato	292
C. La aplicación del método tipológico a los problemas de estructura del derecho de sociedades	293
I. Ideas generales	294
II. Configuración tipológica del derecho de sociedades	298
1. Significado del pensamiento tipológico en el proceso de formación del Derecho	
a) Aspectos dogmáticos y metodológicos de la teoría de los tipos	
b) El tipo como punto de referencia de las valoraciones legislativas	308
2. Fundamento dogmático de la tipología societaria: Aspectos terminológicos y conceptuales	322
3. Consecuencias prácticas de una tipología societaria	
a) Consideraciones introductorias	340

v

r	b) El tipo legal como medio de interpretación y aplicación del derecho positivo	344
	aa) La interpretación conforme al tipo legal	345
	bb) Régimen jurídico aplicable a los supuestos atípicos	359
	c) El tipo legal como límite a la libertad contractual	365

PARTE SEGUNDA

CAPITULO TERCERO

- Aspectos dogmáticos y político-jurídicos de la atipicidad societaria: una interpretación crítica del derecho vigente -

A.	Consideraciones introductorias	375
B.	Identificación de las sociedades atípicas	385
I.	Presupuestos formales de la atipicidad	
1.	Carácter societario de la relación (Identificación de primer grado)	
a)	Directrices generales	388
b)	Elementos definidores del contrato de sociedad en derecho español	398
aa)	Situación legislativa y doctrinal	
bb)	Alcance individualizador de los elementos conceptuales	408
(1.1.)	Fín común	409
(2.2.)	Promoción del fín por los asociados	415

c) Significación de la atipicidad en esta fase de identificación	426
2. Adopción de una de las formas societarias del catálogo legal (Identificación de segundo grado)	
a) Planteamiento del problema	430
b) Elementos de caracterización de las sociedades colectiva y comanditaria	438
aa) Estructura personalista	
(1.1.) Directrices fundamentales	438
(2.2.) Examen del derecho positivo	
2.2.1. La relevancia del elemento personalista en el momento de la conclusión del contrato	445
2.2.2. Relevancia del elemento personalista en el contenido jurídico-administrativo de la relación socio-societaria: autoorganismo u organismo de terceros en las sociedades de personas	450
2.2.2./1. Planteamiento del problema	452
2.2.2./2. Tratamiento del problema	468
') Posibilidad técnico-jurídica del organismo de terceros en la actividad gestora	469
') Posibilidad del organismo de terceros en la representación	485

VII

"") Aspectos político-jurídicos del problema	493
2.2.2./3. Organismo de terceros y sociedades de personas	501
2.2.3. Relevancia del elemento personalista en la transmisión de la condición de socio	514
2.2.3./1 Compatibilidad de la transmisión de la condición de socio con la nota del intuitu personae	
2.2.3./2. Juego del principio de mayorías en las sociedades de personas	
bb) Responsabilidad patrimonial	522
(1.1.) El régimen legal de responsabilidad como elemento definitorio de las sociedades de estructura personalista	522
(2.2.) La pretendida esencialidad del binomio poder de dirección-responsabilidad ilimitada	534
2.2.1. Planteamiento del problema en la doctrina dominante	534
2.2.2. Recapitulación crítica	549
II. Los presupuestos materiales de la atipicidad: - cuestiones de identificación y régimen de las sociedades atípicas	558

C. Límites a la creación de sociedades atípicas: correcciones críticas a la doctrina tradicional y directrices generales de carácter político-jurídico	563
--	-----

NOTAS BIBLIOGRAFICAS	570
ABREVIATURAS	684
INDICE DE AUTORES	686

I N T R O D U C C I O N

El problema de la libertad contractual es el problema de sus límites. Durante los últimos cincuenta años la dogmática jurídica ha intentado elaborar instrumentos aptos para someter la libertad negocial de los particulares a principios del ordenamiento jurídico. Ello ha obligado a una constante revisión de la validez de los presupuestos funcionales de la autonomía privada. Este problema, que puede encontrarse planteado en -- cualquiera de los sectores del derecho privado, pre-- senta un especial interés en aquellos en que, debido a la dinámica de la vida económica y social, se ha -- producido un progresivo distanciamiento entre previ-- siones legislativas y realidad del tráfico. Uno de -- los ejemplos más representativos es sin duda el Dere-- cho de sociedades. La tensión entre norma y realidad se concreta aquí básicamente en la inadecuación de -- las formas tradicionales de sociedad para atender las exigencias de la empresa moderna. Las dificultades -- con que tropieza el legislador para regular con la ne

Desarrolla agilidad un sector de la realidad en permanente transformación hace que sean los particulares quienes, anticipándose a las previsiones de la ley, elaboran para las nuevas necesidades nuevos esquemas de organización. Este fenómeno, recogido e impulsado por la jurisprudencia cautelar, ha sido técnicamente posible gracias a la libertad contractual.

El juego del principio de libertad contractual en derecho de sociedades ha llevado a la aparición en el tráfico jurídico de formas mixtas de sociedad y a la aplicación de esquemas legales a fines diversos de aquellos para que fueron creados. Estos hechos han dado lugar a una progresiva pérdida de identidad de las sociedades tradicionales y con ello a una crisis de aptitud funcional del derecho vigente. Paralelamente se ha formado una corriente de pensamiento que, bajo la presión del derecho de la competencia y del derecho constitucional de la empresa y del establecimiento, pide la revisión del derecho privado patrimonial como instrumento de ordenación de intereses particulares. La "transformación de sentido del derecho de sociedades", como hoy se denomina este fenómeno, pone en causa, en primer plano, el tema de la libertad contractual y con ello la existencia, régimen jurídico y límites de las figuras atípicas.

Hasta tiempos recientes los problemas de la atipicidad societaria no han recibido la atención doctrinal que por su importancia se merecen. En los países latinos se trata de un tema practicamente desconocido. -- Unicamente en derecho italiano existen algunas aportaciones de interés, sobre todo en la literatura inmediatamente anterior al Codice Civile (1). La preocupación por los fenómenos atípicos ha sido objeto de estudio en derecho alemán paralelamente al desenvolvimiento de los fundamentos dogmáticos de la autonomía de voluntad en derecho de obligaciones. A partir de la obra de PAULICK (2) el tema se presenta en derecho de sociedades de forma mucho más articulada, formulándose en este autor los principios generales para un entendimiento coherente de esta materia. Las tensiones dogmáticas é ideológicas que han acompañado historicamente al tema de la libertad contractual han --abierto, a partir del trabajo mencionado, una larga --polémica que no tiene trazas de finalizar. Los trabajos de la escuela de Tübingen (3) y sobre todo las monografías de TEICHMANN, NITSCHKE y H.P. WESTERMANN recientemente aparecidas (4) --a las que hay que añadir ahora la obra de SPADA, en Italia (5)-- han dado a este problema una extraordinaria actualidad e interés. El proceso de revisión dogmática en curso (6) se ha --

wisto favorecido además por el movimiento de reforma legislativa del derecho de sociedades existente hoy - en la mayoría de los ordenamientos europeos.

El presente trabajo se orienta en esta misma dirección. La oportunidad de un estudio de esta naturaleza luce - no solo de la importancia objetiva del tema y de su -- actualidad sino sobre todo del vacío existente en nuestro derecho en este campo. Las escasas referencias doctrinales al fenómeno de las figuras atípicas y la falta de una concepción legislativa moderna sobre el derecho de sociedades como un todo hace que en nuestro -- país este tema revista una particular gravedad. La disciplina de las sociedades atípicas no solo pone en juego aspectos dogmáticos y político-jurídicos de relieve sino que, en sus planteamientos más recientes, implica toda una nueva concepción metodológica del hecho de la libertad contractual. A ello responde por ejemplo la -- reciente configuración tipológica de este sector de -- disciplina.

La finalidad de este trabajo es hacer una recapitulación crítica de las aportaciones más importantes aparecidas en este sector y ver dentro de que límites el derecho positivo permite una interpretación acorde a las nuevas concepciones dogmáticas y de política jurídica. Para llevar a cabo esta tarea se divide el estudio en

dos partes. La primera -dividida a su vez en dos capítulos- se propone examinar las transformaciones experimentadas en la práctica societaria durante los últimos años así como los instrumentos técnicos con que - la legislación y doctrina europeas han abordado este temario.

En el Capítulo primero se analizan las causas que han dado lugar al nacimiento de nuevas figuras societarias, a la formación de tipos mixtos (Typenvermischung) y a la aplicación de los esquemas organizativos de la ley a fines no previstos en ella (Typendehnung). El examen de los supuestos más importantes permite ver, - por un lado, si la estructura externa del Derecho de sociedades es apta para satisfacer las necesidades actuales de la empresa (problemas de estructura externa); por otro, determinar que consecuencias lleva consigo - la formación de tipos mixtos desde el punto de vista - de su identificación y régimen (problemas de estructura interna).

El esquema anterior obedece básicamente a la necesidad de orientar las proposiciones de tipo constructivo en base a datos tomados de la realidad jurídica. Con ello no se trata de resucitar los viejos planteamientos de la escuela sociológico-positiva de los años veinte, - para la cual la ciencia del Derecho no era más que una

Contemplación empírica de la realidad jurídica, una técnica social al servicio de los intereses económicos (7). De lo que se trata es de subrayar, frente a las concepciones pandectistas todavía vigentes, la íntima relación "funcional" existente entre la norma y la realidad social (8). Con ello va implícita ciertamente una concepción del derecho de sociedades de carácter instrumental que nada tiene que ver con las corrientes de pensamiento institucional que dominan desde hace unos años la escena europea. A los aspectos teóricos de esta cuestión me refiero en los capítulos II y III (9).

Dentro de los mismos planteamientos analíticos del capítulo primero se estudia en el siguiente el fenómeno de las sociedades atípicas tal como este tema viene propuesto en la doctrina y legislación comparadas. La exposición se centra en los derechos italiano, suizo y alemán por ser estos los únicos países en que se ha dado a esta problemática un tratamiento independiente. Este cuadro se completa con una breve referencia al estado de la cuestión en derecho español.

La aplicación en este trabajo del método comparado funcional se encuentra justificada por la necesidad de delimitar el núcleo de intereses en conflicto y, por vía de contraste, determinar el alcance de las

distintas soluciones (10). Ello va a permitir controlar la existencia ó no de principios de carácter general en los distintos ordenamientos y su aplicación en derecho español. El punto central consiste en ver si junto a las normas de derecho necesario se contienen en las normas de carácter dispositivo reglas limitativas de la libertad contractual. El problema no es otro que examinar los presupuestos técnicos y conceptuales dentro de los cuales el "tipo legal" opera como un instrumento para determinar el carácter vinculante del derecho dispositivo.

La conformación tipológica del Derecho de sociedades supone la inserción en una problemática de estricto derecho positivo de una construcción que en gran medida ha sido obra de la doctrina lógica y que descana basicamente en la diferenciación funcional y estructural de los conceptos y tipos como formas de --pensamientos autónomas. El problema se orienta en --una doble dirección: por un lado destacar la singularidad de la tipología jurídica moderna frente a las construcciones metodológicas tradicionales; por otro, ver dentro de que límites la figura del tipo puede --ser eficaz para el desenvolvimiento de la ciencia --del Derecho.

En la segunda parte se lleva a cabo una reconstruc--

ción crítica de la disciplina de las sociedades atípicas. El tratamiento de esta cuestión se orienta en -- tres planos: identificación de los fenómenos societarios atípicos, régimen aplicable y límites a su creación. El primero de estos temas presenta a su vez dos vertientes: determinación del contenido mínimo que -- permite resolver la alternativa admisibilidad -no admisibilidad del supuesto de hecho al modelo de operación societaria en sentido amplio (identificación de primer grado); determinación de los rasgos individualizadores -conceptuales y típicos- de las sociedades del catálogo legal (identificación de segundo grado) y criterios de caracterización de las formas atípicas.

La fijación de núcleos normativos a los que adscribir un valor de identificación se limita a las sociedades de personas por ser este el sector donde se plantean hoy los mayores problemas. Dentro de este temario se examinan finalmente las cuestiones del derecho aplicable a los supuestos atípicos y el tema de los límites. Este último se lleva a cabo por vía de recapitulación crítica de las fórmulas doctrinales recogidas en el Capítulo II. El problema es controlar si a cada forma de sociedad es esencial un determinado esquema de organización sin el cual ésta perdería su -- identidad jurídica. Con ello se establece al mismo --

tiempo los límites dentro de los cuales queda acotada la autonomía de los particulares.

PARTE PRIMERA

CAPITULO PRIMERO

- Problemas de estructura en Derecho de Sociedades -

A. Consideraciones preliminares: La configuración estructural del Derecho de Sociedades.

El Derecho de Sociedades sirve a la aspiración fundamental del sujeto jurídico de agruparse, por vía contractual, con otras personas para promover en común la realización de fines de carácter predominantemente económico. Bajo esta formulación genérica se pretende recoger -por vía de síntesis- los rasgos que caracterizan tradicionalmente el modelo societario frente a las restantes figuras de naturaleza contractual: por un lado el carácter funcional de la operación societaria y, por otro, los instrumentos conceptuales mediante los cuales se determina la naturaleza de los fenómenos asociativos y, en particular, aquellos de carácter societario. No es este el

lugar para ocuparse del alcance definidor de estos elementos, aspecto este sobre el que existen ya en nuestro derecho aportaciones importantes (1). Basta con señalar que, a excepción del origen negocial, cuya significación como elemento conceptual del contrato de sociedad no parece presentar todavía mayores dificultades, los restantes rasgos configuradores del concepto jurídico positivo genérico de sociedad están siendo objeto de una profunda revisión en la doctrina científica. Esto es aplicable sobre todo al fin común, como instrumento conceptual prevalentemente adoptado para determinar la identidad causal del contrato de sociedad (2). Las particularidades de esta discusión - desbordan los límites de esta introducción y deben ser necesariamente remitidas.

Congruentemente con esta dimensión funcional del Derecho de Sociedades, el legislador pone a disposición de los particulares una pluralidad de esquemas de organización. Dentro del ancho campo de figuras o formas de agrupación previstas en la ley están comprendidas no solo las modalidades tradicionales de actividad societaria -sociedades civiles, tipos mercantiles de sociedad- sino las asociaciones, las cooperativas, las mutuas. La subsunción de estas figuras bajo la cate-

ría genérica de sociedad está justificada básicamente por razones de índole conceptual: todas ellas reúnen los requisitos mínimos para ser calificados como sociedad en sentido amplio (3). Desde el punto de vista político-jurídico se plantea sin embargo el problema de delimitar la esfera de actuación de las sociedades stricto sensu, considerando como tales solo las formas cualificadas de ejercicio colectivo de una actividad económica (4). Dentro de este sector interesan a los efectos de este trabajo -como ya el título del presente Capítulo expresa- las figuras societarias que, por su forma o por el objeto de su actividad, revisten carácter mercantil.

I. El Derecho de Sociedades como fenómeno histórico jurídico: Remisión.

La mayoría de las formas societarias mercantiles del catálogo legal tienen su origen en la práctica. Basta con examinar el nacimiento y evolución histórica de estas figuras para advertir que se trata por lo general de fórmulas organizativas creadas por los propios intervinientes en el tráfico, para hacer posible lo que según Wieland constituye la esencia misma de los fenómenos asociativos; aumentar la capacidad individual

de trabajo, incrementar los recursos económicos y dividir los riesgos (5). Han sido por consiguiente los particulares quienes, anticipándose a las previsiones legislativas, han creado nuevas estructuras de organización de acuerdo con las nuevas necesidades de la práctica.

Las raíces de las formas mercantiles de sociedad hay que buscarlas examinando por separado cada una de las figuras societarias. Un estudio pormenorizado del nacimiento y evolución de los diferentes tipos de sociedad excedería de los límites y finalidad de este apartado (6). Aquí nos interesan únicamente las directrices fundamentales de esta evolución, remitiendo los detalles de la misma a la abundante bibliografía especializada (7).

Los antecedentes históricos de las sociedades colectiva y comanditaria y de las cuentas en participación se sitúan, en los ordenamientos continentales, en las organizaciones económicas de la Edad Media (8). Según la doctrina dominante (9) el proceso configurador de la sociedad colectiva arranca de las comunidades familiares. Debido a las exigencias socio-económicas de la época, esta figura constituye no solo una unidad de consumo sino también de producción. Al espíritu de

confianza recíproca, propio del carácter familiar de estas sociedades, se anuda posteriormente el espíritu de ganancias. En una fase ulterior se produce el acotamiento de la esfera de la actividad mercantil - frente a la nota de universalidad con que la comunidad familiar se configura en los primeros tiempos. De ahí nace una comunidad particular cuyo objeto específico es el ejercicio del comercio (10). Paralelamente van delimitándose los restantes elementos configuradores: transición de las relaciones familiares hacia relaciones de carácter contractual, ejercicio de la actividad bajo nombre común, creación de una comunidad de trabajo y capital con una asunción íntegra de los riesgos, continuidad de la empresa, progresiva independización de esta última frente a las restantes actividades familiares. Todas estas son cosas conocidas sobre las que ahora no es preciso detenerse.

Al proceso de conformación de los elementos diferenciadores de la sociedad colectiva hay que añadir la aparición en el tráfico, bajo nombres y modalidades diversas, de una mecánica distinta de operar en los negocios mercantiles, primero en los marítimos y luego en los terrestres. El esquema básico de esta actuación consiste en la participación de un capitalista que entrega dinero y mercancías -a veces el buque-

a un tercero, para que este último trafique con ello y obtenga beneficios (11). Esta figura, conocida bajo el nombre de "commenda", constituye con algunos matices el precedente histórico de la sociedad comanditaria y de las cuentas en participación. Lo mismo que sucede en la sociedad colectiva, la evolución de esta figura va acompañada de una progresiva afirmación del carácter societario de la relación jurídica -el tratarse de una comunidad de riesgos- frente al carácter puramente crediticio entre los partícipes. Desde el principio se consolida como rasgo caracterizador - el elemento de la responsabilidad limitada del socio capitalista; posteriormente se acentúa el rasgo de - permanencia y estabilización de la empresa y la mercantilidad del objeto social (12). El elemento más - importante en este cuadro es sin duda la nota de publicidad. Esta constituye el rasgo diferenciador último entre sociedad comanditaria y cuentas en participación. Mientras que la última se caracteriza, ya en esta época, por el hecho de que en ella el partícipe no aparece externamente ni existe firma social común (13), en la sociedad comanditaria se advierte una tendencia paulatina a convertirse en sociedad manifiesta (14).

Sobre la sociedad anónima, sólo una brevísima referen-

cia (15). Como es sabido, el desenvolvimiento histórico de esta forma social no hubiera sido posible sin la colaboración de los poderes públicos. Diversas medidas estatales, tales como la atribución a la sociedad de monopolios y concesiones (16), la autorización del Estado para su constitución (17), el control de la financiación del mercado de capitales, la formación de su capital por vía de emisión de acciones negociables, suscritas en un principio por la nobleza y la alta burguesía mercantil y mas tarde por el ahorro de las clases medias (18), por citar sólo unos ejemplos, sentaron las bases socio-económicas para su expansión. El carácter marcadamente institucional y iuspublicístico con que se presenta en sus orígenes la sociedad anónima se explica históricamente además por su conexión con las compañías coloniales del siglo - XVII, que constituyen su antecedente inmediato (19). Antes de que estas figuras se incorporen al tráfico privado aparecen configurados los que van a ser sus rasgos definitorios: el capital, la acción, la responsabilidad limitada. Esta última se introduce paralelamente a la estabilización del capital y a la objetivación del título.

Cada una de las figuras que acaban de señalarse nacen
 X dentro de un determinado contexto histórico para satis

facier determinadas necesidades de carácter ecobómico y social. La colectiva representa en la época anterior a la codificación la sociedad mercantil por antonomasia. Ella expresa con carácter de regla general el rigor de las especialidades mercantiles y la existencia de una sociedad general, como fórmula normal de ejercicio del comercio en forma asociada. La actuación en el tráfico de una sociedad que no observe las garantías previstas para las restantes formas sociales, lleva consigo su calificación automática de colectiva (20). Junto a ella, la sociedad comanditaria - constituye el instrumento a través del cual se hace - posible la participación en el comercio de personas - pertenecientes a clases sociales a las que en esta época, estaba prohibido el ejercicio de toda actividad - mercantil. Se configura según esto como una sociedad de comerciantes para no comerciantes (21). Finalmente la sociedad anónima atendió en sus comienzos necesidades de carácter público. Concebida como un instrumento jurídico del Estado para la actividad colonizadora, con funciones simultáneas de carácter económico y militar, administrativas y políticas, evoluciona paralelamente al proceso de liberalización industrial, hasta convertirse en el medio más importante de iniciativa económica privada del capitalismo.

La exposición de síntesis que acaba de hacerse pone de manifiesto que, antes ya de la codificación, los rasgos caracterizadores de las formas mērcantiles de sociedad pueden considerarse perfilados. Estos perfiles no presentan todavía -por razones legislativas, formales y sociológicas- el rigor técnico con que aparecen recogidos en los ordenamientos vigentes. El tránsito de una situación de tipicidad social a la de tipicidad legal se realiza de acuerdo con determinadas consideraciones técnicas y sistemáticas que responden a las exigencias de un momento histórico concreto e inevitablemente a concepciones dogmáticas propias de la época (21). Si bien estos aspectos tienen una marcada importancia, el hecho que ahora conviene subrayar es que una tal regulación presupone por parte del legislador la adopción de una serie de decisiones de carácter político-jurídico. Esto significa básicamente que a la disciplina legal no pasan todos y cada uno de los elementos configuradores del supuesto de hecho. El legislador determina más bien cuáles de entre los intereses en juego deben ser jurídicamente protegidos y, a través de un proceso valorativo, elevarlos al rango de elementos estructurales del tipo (22). Es en este plano donde, como veremos más adelante, se ha planteado históricamente el problema dogmático de la causa, como

fenómeno de inserción -y, por consiguiente, de tutela jurídica- de una reglamentación privada en el ordenamiento legal (23).

II. Cuadro de intereses de los esquemas legislativos societarios.

En los ordenamientos occidentales cabe distinguir dos núcleos tradicionales de intereses: el interés de los socios y el de los terceros acreedores. Respecto de los socios se plantea básicamente la necesidad de crear una forma de organización a través de la cual - sea posible la realización del fin común y simultáneamente atender las concretas particularidades del supuesto de hecho. En este orden de ideas, la Ley ofrece -con carácter alternativo- las siguientes posibilidades: en primer lugar establecer entre los socios estrechos lazos de colaboración de forma que la consecución del fin social se entienda ligada al esfuerzo personal de cada uno de los partícipes; en segundo - término que los socios se agrupen sobre la base de relaciones puramente económicas, dejando abierta la posibilidad de que estos destinen a la sociedad una parte de su actividad. En el primer supuesto, el carácter personal de la participación social tiene conse-

cuencias importantes para la fijación de los derechos y obligaciones de socio, en especial para su colaboración en la gestión y para la representación de la sociedad. De ahí la regla de que en principio todos los intervinientes están legalmente facultados para el desempeño de estas funciones. Debido esencialmente a la configuración de estas relaciones como una comunidad de trabajo y responsabilidad, la ley permite toda clase de prestaciones que contribuyen a la consecución del fin, incluidas las aportaciones de servicios o conocimientos especiales. Finalmente la disciplina que versa sobre la modificabilidad del contrato social - cambios de socios, disolución, fusión y transformación- expresa el carácter "intuitu personae" sobre el que descansan las relaciones jurídico-societarias (24).

Una importancia no menor ofrece el supuesto mencionado en segundo lugar. Se trata de la introducción de formas de participación orientadas a satisfacer las necesidades de aquellos socios cuya colaboración se limita a aportar a la sociedad dinero o bienes in natura a cambio de una participación en los resultados. En este caso, los esquemas organizativos de la ley se configuran primordialmente sobre la existencia de un capital destinado al fin social. La impersonalidad del

capital determina lo que podríamos llamar la "morfología" de la sociedad: no solo opera como elemento caracterizador de la sociedad sino que incide directamente sobre la posición jurídica del socio. El capital tiene la significación de módulo para determinar la participación interna de los asociados y sirve a la función de garantía mínima de los acreedores. Al lado de esto, la ausencia de lazos de socio a socio hace que en las participaciones sociales la persona del titular carezca de interés y por consiguiente la libre transmisibilidad de aquéllas no presente en principio dificultades. La intervención de los socios en el proceso de formación de la voluntad social se orienta según el montante de su aportación (one share, one vote) y de acuerdo con el principio de distribución del derecho de voto por cabezas. Esto plantea a su vez la cuestión sobre si conviene garantizar a cada asociado un mínimo de facultades de carácter administrativo. El problema de una adecuada protección de los socios individuales y de los minoritarios se aborda en la mayoría de los ordenamientos en conexión con el tema de la distribución de competencias sociales en el ámbito jurídico-interno (25). Este punto de vista, aun siendo importante, no es sin embargo el único que hay que tener en cuenta. Piénsese en que la actividad gestora e incluso la mera influencia dominante sobre

el "management" puede asumir un valor patrimonial específico. Esto explica que no pocas veces el desempeño de esta función venga retribuido con la adjudicación de paquetes de acciones. De ahí que se haya planteado la oportunidad de extender el ámbito de protección de las minorías a los supuestos de enajenación de las participaciones sociales.

La protección de los acreedores sociales se articula tradicionalmente a través del régimen de responsabilidad. Se trata de determinar básicamente si frente a los créditos de los terceros responde únicamente la sociedad o si existe una comunicación directa entre socios y terceros, quedando en este caso el patrimonio de aquellos afecto al cumplimiento de las deudas contraídas por la sociedad. La cuestión ha sido abordada técnicamente desde el ángulo de la existencia o no en la sociedad de un régimen de autonomía patrimonial, y en particular, en relación con el problema de la tribución a la sociedad de personalidad jurídica (26).

El problema de la tutela de los terceros por vía de una disciplina legal de la responsabilidad se plantea ya -desde el punto de vista lógico- en la esfera jurídica de los socios. Son estos los que deben decidir bajo qué forma desean organizarse patrimonialmente y

con ello qué garantías ofrecen de que los intereses de los terceros van a ser debidamente atendidos. En el caso de que los socios opten por la constitución y mantenimiento de un capital social como cifra de garantía mínima, su responsabilidad lo será solo frente a la sociedad, quedando aquélla limitada al montante de la aportación. Frente a los terceros no hay más deudor que la sociedad. La protección de los acreedores se actúa en este caso mediante un mecanismo destinado a asegurar la conservación del capital durante la vida de la sociedad. La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada son ejemplos típicos de sociedades organizadas con autonomía patrimonial absoluta. Cuando los socios deciden, por el contrario, asumir personalmente la responsabilidad frente a los terceros, la función de protección de estos últimos se realiza con el patrimonio personal de los partícipes. La constitución de un capital social con fines de garantía resulta por tanto innecesaria (27).

La responsabilidad es por regla general ilimitada; en caso de que existan comanditarios, la responsabilidad de estos por las deudas sociales se restringen al montante de la aportación o, en su caso, a la suma de responsabilidad. Las técnicas que permiten a los acreedores sociales dirigirse contra el patrimonio de los socios.

socios varían de unas formas a otras de sociedad y - también entre los distintos ordenamientos jurídicos.

A los efectos de este temario basta con indicar que - en el derecho continental, a excepción de Holanda, es- tá consagrado un sistema de protección de los terce- ros que se articula esencialmente sobre las dos coor- denadas que acaban de mencionarse: responsabilidad - de la sociedad y responsabilidad - limitada o ilimita- da- de los socios. En una dirección diversa se - orientan el derecho inglés y las legislaciones de al- gunos Estados de USA (28).

Como un complemento a las medidas de tutela tradicio- nales hay que destacar dentro de este cuadro introduc- torio la tendencia, seguida hoy en casi todas las le- gislaciones, de sancionar la responsabilidad frente a terceros de todas aquellas personas que al actuar en nombre de la sociedad crean la apariencia de estar do- tadas de un poder de representación. La "ratio" de - esta normativa descansa en el deseo de fortalecer la seguridad del tráfico y la confianza de los que en él intervienen. La forma técnica de conseguir esta fina- lidad de anudar a la publicidad de hecho la obligación de responder. Este problema viene conectado con el - temario del tratamiento jurídico de las sociedades - irregulares. La idea central, como es sabido, es la

de no perjuicio de los terceros y responsabilidad de los socios gestores (29).

Fuera de la problemática específica de las sociedades irregulares, el principio que venimos examinando ha sido objeto de una creciente atención. En derecho francés, por ejemplo, la ley de reforma del derecho de sociedades de 24 de julio de 1966 ha extendido la disciplina de la responsabilidad por apariencia creada -inicialmente restringida a la sociedad de responsabilidad limitada- a las restantes formas mercantiles. Con la misma finalidad de mantener el rigor y la seguridad del tráfico y, en particular, de proteger los intereses de los terceros, el Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea ha destinado su primera Directiva de 9 de marzo de 1968 a regular las cuestiones derivadas del ejercicio del poder de representación por los portadores de la condición de órgano de las sociedades mercantiles (30).

La exigencia de protección de los acreedores y de los socios no se agotan con las medidas expuestas hasta ahora. Paralelamente al régimen de responsabilidad, la ley previene en favor de los minoritarios y de los terceros la obligación de que la actividad gestora se lleve a cabo dentro de ciertos cauces. A esta idea -

responden las diferentes técnicas legislativas de control de la administración social: limitación, a través de estrictas normas de valoración, del derecho de los administradores para disponer de los beneficios - líquidos o para manipular las ganancias repartibles; ampliación de la obligación de dar cuenta de la marcha de la sociedad mediante una más detallada configuración del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias e informes anuales más extensamente fundamentados; amplitud del derecho de información del accionista, etc. (31). El carácter preventivo de estas medidas de control se complementa en algunos países con la obligación impuesta a las grandes empresas de hacer pública su situación financiera (32). La importancia de esta normativa radica en la atención que con ella - se presta a los intereses individuales -de socio o de tercero- y especialmente a los más superiores de la comunidad.

La necesidad de tener en cuenta el interés de la comunidad social como valor de rango superior y de otorgarle una tutela específica dentro de la legislación societaria ha encontrado eco en la doctrina y en el - ordenamiento positivo. La existencia de unidades económicas cada vez mayores hace que las grandes sociedades operen de hecho al margen de la política de diri-

gismo económico del Estado. De ahí la necesidad de someter a control su actividad. La protección del interés público se orienta en dos planos contrapuestos: por un lado el mantenimiento de los márgenes necesarios para el libre ejercicio de la actividad empresarial. Esta exigencia responde a los principios que rigen la economía de mercado de los países occidentales y se concreta en la atribución a los órganos administrativos de la sociedad de amplias facultades para el desempeño de sus funciones. En este sentido se orienta la legislación de sociedades anónimas al consagrar con carácter general la independencia de la actividad gestora, cuyo ejercicio tiene lugar bajo la responsabilidad personal de los administradores (33). Por otro lado es necesario asegurar no solo la existencia de la empresa sino su eficacia en orden a las necesidades de la comunidad. Esto ha dado lugar a la introducción de controles sobre las agrupaciones entre empresas (34) y ha llevado más tarde a la idea de que las empresas económicas, sobre todo las de grandes dimensiones, asumen una responsabilidad que excede de sus obligaciones específicamente legales -de explotación, de carácter comercial, de índole laboral, etc.- y que se conecta directamente con el interés público: desarrollos local o regional, colaboración en los planes económicos nacionales, acción sobre el medio

en que operan, etc. (35).

Evidentemente una responsabilidad de esta naturaleza no encaja "prima facie" en el marco de los intereses empresariales tradicionales, orientados exclusivamente a la obtención de un beneficio económico, ni tampoco dentro de los planteamientos más recientes relativos a la distribución de funciones entre el capital y el trabajo, sino que suscita el problema de la empresa como un todo unitario, como una categoría jurídica superior. La existencia de una obligación directa de la empresa para con el "bien común" se encuentra recogida en el derecho positivo (36) y como propuesta de lege ferenda constituye una de las exigencias más reiteradas de la moderna doctrina económica y jurídica (37). En este sentido hay que entender las observaciones formuladas por un sector de la doctrina alemana de limitar la satisfacción de los intereses personales del empresario a través del principio del bien común de la empresa. Con ello se propugna una solución semejante a la existente ya en el marco de la legislación sobre establecimiento, que somete la actuación del Consejo de Empresa (Betriebsrat) a la observancia de este principio general (2 I Btr. VG). La vinculación del titular de la empresa al bien común ~~de~~ la explotación no afectaría en absoluto en este ca

so a sus facultades dispositivas de carácter empresarial sino únicamente al poder de organización interna sobre aquélla (38).

Las consideraciones que acaban de hacerse cobran una importancia especial cuando se trata de examinar las aportaciones doctrinales y legislativas tendentes a impulsar la evolución del derecho de sociedades hacia un derecho constitucional de la empresa, en el que la relación capital-trabajo se configura de forma diversa a la actual. Frente a la concepción del derecho de sociedades como normativa asentada sobre principios de justicia material individual y autonomía privada, en los que se inspira la legislación societaria occidental, se ha generalizado en los últimos años una corriente de pensamiento dominada por los principios de constitución económica y constitución empresarial, en la cual va implícita toda una crítica metódica del derecho tradicional de sociedades (39). Se trata básicamente de introducir una nueva categoría jurídica -la empresa- configurada como una agrupación de carácter social (40) de la que forman parte, además de los titulares del capital, los trabajadores y el personal con funciones directivas y a la que desde un punto de vista jerárquico estaría subordinada la sociedad como tal. Como ha puesto de relieve Galbraith

no son los "propietarios" ni los trabajadores, ni los "manager" en sentido clásico, sino los empleados con funciones directivas, los llamados "cadres" o la "technostructure" los portadores e impulsores de toda la economía moderna (41).

La protección de los intereses de los trabajadores se lleva a cabo en este contexto a través de la cogestión paritaria y la constitución de un patrimonio empresarial bajo su directa titularidad, es decir, a través de una profunda modificación del cuadro de distribución de poderes actualmente existentes (42).

Como es obvio, la inserción de esta construcción en el derecho de sociedades suscita numerosas dificultades dogmáticas y político-jurídicas. Como zonas de colisión más importantes pueden mencionarse la libertad de configuración organizativa, propia del derecho de sociedades, el derecho privado de la condición jurídica de socio como fuente de facultades de carácter decisorio, el principio de responsabilidad patrimonial. Los obstáculos que presenta, desde la óptica de la dogmática vigente, conciliar las exigencias del derecho de sociedades y del derecho de la empresa ha llevado a algunos autores a proponer, como alternativa, en lugar de la incorporación de los intereses de

los factores de la producción a los órganos de la sociedad, la subordinación de la sociedad titular de la empresa -inalterada desde el punto de vista de su estructura interna, a la unidad superior de empresa organizada de forma totalmente independiente (43).

Los esfuerzos para una integración de los intereses - del capital y del trabajo en una categoría superior - han llevado a una nueva concepción de la empresa, como realidad autónoma. Se trata de una construcción - cuyo planteamiento dogmático se debe esencialmente a Theodor Raiser (44). El objeto de la misma es justificar la necesidad de configurar la empresa como una categoría jurídica independiente, dotada de personalidad jurídica propia, cuyos miembros estarían compuestos indistintamente por propietarios del capital, personal directivo y trabajadores. El patrimonio social habría de estar subordinado al fin y funciones de esta unidad económica y social de rango superior y adecuarse a los intereses de los miembros de la organización que no sean titulares de elementos patrimoniales (45). La remisión al "bien de la empresa" como criterio determinante para abordar la contraposición de intereses dentro de la sociedad anónima constituye una alternativa válida a posibles conflictos entre capital y trabajo.

Por falta de un mecanismo adecuado de configuración - esta construcción no ha encontrado todavía el eco esperado. En particular se ha objetado que la institucionalización de un interés de empresa, distinto y superior a los intereses del capital y del trabajo, presupone por un lado que existe una independencia entre ambos núcleos de intereses y, por otro, que la dirección de la empresa -el grupo llamado a definir el - "bien empresarial"- no identifica este último con su propio interés a mantener sus posiciones en la empresa. La falta de una instancia superior e independiente que determine en una economía de mercado cuál sea el interés empresarial y la ausencia de garantías contra posibles abusos de la clase dirigente, no titular de partes de capital y no sujeta por tanto al riesgo económico tradicional, plantea problemas de difícil solución (46).

A pesar de lo que acaba de indicarse, la evolución legislativa europea de los últimos años se caracteriza por la introducción en los órganos de administración de la sociedad de los representantes de los trabajadores. En este sentido se orienta el modelo alemán de cogestión (47) y las numerosas propuestas y correcciones que al mismo han sido formuladas por partidos políticos y asociaciones (48): los trabajadores pue-

den, a través de sus representantes, y siempre en calidad de terceros, formar parte de los órganos de la sociedad, solo hasta un cierto grado de influencia y corresponsabilidad. También en Francia se ha abierto la posibilidad de que los trabajadores colaboren en el "Conseil d'Administration". El modelo más reciente y más interesante lo constituye sin embargo el derecho holandés. Del contenido de los textos legales y de las discusiones sobre los mismos (49), se advierte que el objetivo de la reforma no ha sido mantener inalterada la estructura jurídico-societaria clásica, como agrupación de titulares de cuotas de capital, para luego introducir en esta organización interna elementos ajenos al derecho de sociedades. La idea directriz parece ser más bien la de ampliar la base asociativa de los aportantes de capital, de forma que en ella puedan quedar comprendidos todos los que intervienen en el proceso dinámico de la actividad de empresa. El derecho holandés, a través de lo que ha sido dado en llamar "la revolución pacífica del derecho de sociedades" (50) hace suya la clásica concepción formulada por Bloch-Lainé, cuyo modelo de "unidad de dirección" realizado a través de cooptación, bajo una pluralidad de controles, ha tenido una honda repercusión en la evolución de la doctrina europea de

los últimos años.(51). En el pensamiento de este autor la empresa aparece configurada como una "triple réalité: économique, humaine, publique", como "ensemble de ressources". Esta dirección había sido ya indicada por De Woot (52), que, a su vez, hace suyas algunas de las conclusiones de la "Komisión Verdam". En el trabajo de De Woot se apoya asimismo Lyon-Caen en su conocido Dictamen para la Comisión de la Comunidad Económica Europea (53). Esta concepción, de no constreñir a las formas mercantiles tradicionales por medio de la creación de nuevas figuras organizativas ni introducir elementos singulares en una estructura sustancialmente igual, sino ampliar y transformar la configuración, el sentido, y el fin de las instituciones societarias ha sido seguida asimismo en la doctrina alemana (54).

Los esfuerzos doctrinales legislativos para impulsar la evolución del derecho de sociedades hacia el derecho de constitución de la empresa y, en particular, - para consolidar y ampliar el fenómeno de la cogestión paritaria se han limitado hasta el momento a la sociedad anónima. Parece ser que la estructura de esta forma societaria no plantearía, desde un punto de vista técnico-jurídico, especiales problemas en orden a la transformación teleológica que llevaría consigo es

• ta nueva orientación respecto de la actividad de la - empresa (55). No es claro por el contrario que los - presupuestos del derecho de constitución de la empresa y en especial la institucionalización por vía no comercial sino coercitiva de una influencia de terceros no socios en los órganos de la sociedad pueda ser aplicada a las sociedades de personas y a las sociedades de responsabilidad limitada sin que en tal caso la - restricción de la libertad de decisión de los socios no diese lugar a una desnaturalización de la sociedad (56).

III. Los aspectos estructurales del derecho de sociedades.

De cuanto llevamos dicho puede verse que en la regulación del derecho de sociedades el legislador ha tomado en cuenta, con un grado diverso de intensidad, intereses heterogéneos, como son los de los socios y - terceros, por una parte y los generales de la colectividad y los de los trabajadores, por otra (57). El derecho de sociedades clásico transita, bajo la influencia de consideraciones jurídico-laborales y jurídico-públicas, hacia esquemas de configuración organizativa nuevos, que se agrupan en torno al llamado Derecho

de constitución de la empresa. En cada una de las sociedades que componen el catálogo legal estos intereses son recogidos por el legislador, ponderados, contrastados unos con otros y refundidos en un todo unitario mediante la conexión de los singulares elementos organizativos de cada figura. El resultado de este proceso es la creación de una determinada "estructura societaria".

El término "estructura" no es suficientemente preciso. En sus aspectos semánticos se emplea como sinónimo de "construcción", de "configuración",. Estructura significa, según esto, la forma adoptada por los elementos integrantes de una figura, la configuración de sus rasgos caracterizadores, su morfología interna (58). Como concepto jurídico su contenido es todavía menos satisfactorio. Por vía de generalización puede decirse que el significado de este término está conectado, por lo general, a la idea de trabazón o interconexión lógica de una pluralidad de normas jurídicas, realizadas en virtud de determinadas concepciones valorativas.(59). Este cuadro unitario expresa en forma abreviada las condiciones funcionales y la constelación de intereses de un determinado instituto jurídico (60) Cuando se aplica el término estructura al derecho de sociedades es preciso distinguir la estructura de ca

da una de las formas sociales singulares de la estructura del Derecho de Sociedades como un todo. En el primer caso se habla de estructura interna de la sociedad; en el segundo, de estructura externa del Derecho de Sociedades (61). Veamos cada una de ellas por separado.

Por estructura interna de una forma social se entiende el cuadro o imagen total de esta figura, acuñado según una determinada idea directriz, de naturaleza jurídica y económica. Este cuadro es el resultado de la convergencia de factores de índole diversa: combinación de las distintas formas -de carácter real y -obligatorio- de hacer comunes los medios patrimoniales aportados por los partícipes, facultades de actuación de los socios, introducción de técnicas de control, protección de los acreedores y exigencias de publicidad, derechos personales de socio y derechos de la minoría, etc. En una palabra: la resultante de la agrupación de los singulares elementos configuradores en un todo unitario.

Esta agrupación de rasgos configuradores no se lleva a cabo por simple yuxtaposición de los mismos, lo cual no sería más que una reproducción descriptiva de los elementos de la figura, sino mediante la articulación

de todos ellos bajo una idea directriz (62). Con esto se quieren expresar dos cosas: por un lado, que entre los elementos "estructurales" existen vínculos funcionales, una especie de interdependencia recíproca; por otro, que su subordinación a determinadas concepciones valorativas desplaza el problema al sector de la actividad legislativa. En efecto, al legislador, al establecer para una concreta forma social una determinada normativa jurídica, no se ha movido por consideraciones abstractas sino que se ha inspirado en una idea precisa: el complejo de intereses que, según él, deben quedar sometidos al ordenamiento jurídico. Cada forma social se presenta como un conjunto interiormente estructurado, compuesto por elementos que se integran en un orden determinado. El juego de estos elementos y sus relaciones recíprocas así como las funciones que desempeñan en relación con su conjunto constituyen la zona "estructural" de cada figura societaria (63). Bajo el término estructura interna se quiere indicar por consiguiente la totalidad de particularidades de una figura, agrupadas bajo una idea directriz y expresadas a través de normas jurídicas singulares.

Entre norma e idea directriz existe una estrecha dependencia a través de la cual es posible determinar,

de forma flexible, la función de cada elemento singular dentro de ese todo. Al mismo tiempo la estructura permite la aplicación "extensiva" del todo a las lagunas que en el orden morfológico presenta la figura. El ropaje normativo con que se reviste la estructura de una forma social abarca un conjunto de aspectos paralelos, divergentes, a veces contrapuestos que integran lo que ha sido dado en llamar "situación típica de interés" de la forma societaria, aspecto al que nos hemos referido más arriba. No puede aceptarse por tanto que la configuración estructural de una figura societaria depende solo de alguno de sus rasgos caracterizadores como por ejemplo la personalidad jurídica (64). La estructura requiere por el contrario de una pluralidad de elementos, tales como el régimen de responsabilidad de los socios, las facultades de gestión, la circulación de las participaciones sociales, el mayor o menor grado de autonomía del patrimonio social, etc., que se refunden de acuerdo con un principio ordenador, de carácter superior. Este principio se ha concretado históricamente en las dos formas tradicionales de entender la agrupación entre los socios: considerando en primer plano las personas o tomando en cuenta primordialmente el capital que se destina al fin social.

En el primer caso, la estructura social se configura de acuerdo con el carácter personal de la participación social (*intuitu personae*). Esta es intrasferible sin el consentimiento de los demás socios; la consecución del fin social viene ligada al esfuerzo personal de los socios; el crédito de la sociedad deriva del carácter personal y solidario de la responsabilidad. En el segundo caso, por el contrario, la impersonalidad del capital repercute sobre la participación social, que es en principio transferible, y sobre la colaboración de los socios que no tiene carácter personal ni queda sujeta tampoco a una responsabilidad de esta naturaleza (*intuitu pecuniae*). Esta formulación expresa por vía de síntesis lo que constituye hoy la concepción dominante. Sobre el alcance individualizador de estas notas nos ocuparemos más adelante, desde una perspectiva crítica.

Las cuestiones examinadas hasta ahora se limitan a determinar el esquema básico bajo el cual las distintas formas societarias se configuran internamente. Estos aspectos morfológicos no agotan sin embargo el temario de la estructura del Derecho de Sociedades. Especial importancia reviste la cuestión de las modalidades de organización que el legislador en cada ordenamiento pone a disposición de los particulares para la

realización de fines comunes. Aquí se suscita, entre otros, el problema de qué sociedades componen el catálogo legislativo, los lazos con que estas figuras se articulan entre sí y la posición de cada una de ellas dentro del sistema legal. Toda esta problemática presupone esta determinada configuración o estructura -- del Derecho de Sociedades considerada como un todo.

Anticipando ideas que serán examinadas más abajo, puede decirse que es constante la tendencia legislativa y doctrinal en considerar a las sociedades mercantiles un numerus clausus (66). El ordenamiento previene esquemas de disciplinas societarias destinados unos a actividades económicas de carácter civil -sociedad civil- y otros a actividades de carácter mercantil. Cada una de estas figuras legalmente nominadas encierra una normativa específica para operaciones societarias también específicas. A los particulares solo cabe en principio realizar los antecedentes de estos esquemas de disciplina, es decir, reproducir los elementos del supuesto de hecho societario típico. Dicho más simplemente, adoptar una de las sociedades del catálogo legislativo (67). Dentro de este catálogo legal - existen figuras que aparecen recogidas en todos los - ordenamientos, tales como las formas mercantiles tradicionales -sociedades colectiva, comanditaria y anó

nima- las sociedades de responsabilidad limitada, la comanditaria por acciones, la sociedad cooperativa. - Las legislaciones nacionales previenen en algunos casos formas societarias específicas -como por ejemplo la sociedad momentánea del derecho belga- o disposiciones especiales para sociedades de objeto particular, que en parte derogan las reglas generales establecidas para las restantes sociedades (68). Pues bien, todo este complejo de figuras que componen el catálogo legal se articulan entre sí de acuerdo con una idea directriz y dan lugar a una "estructura" peculiar del Derecho de Sociedades. El legislador acota el sector reservado para cada forma societaria, delimita la esfera de actuación de unas y otras y busca a través de ellas atender las necesidades que plantea el tráfico económico. Es en este orden de ideas donde puede afirmarse la existencia de una "estructura externa" - del Derecho de Sociedades (69).

B. Los problemas de estructura del Derecho de Sociedades

Los rasgos estructurales del Derecho de Sociedades y de cada figura societaria, que acaban de exponerse, solo en parte responden a las exigencias actuales de la

vida económica. La dinámica económica y social ha llevado a un progresivo distanciamiento entre previsiones legislativas y realidad del tráfico. Esta tensión entre norma y realidad, que se encuentra en todas las parcelas del ordenamiento jurídico, es particularmente fuerte en Derecho de Sociedades, debido a la rapidez con que evoluciona la vida económica (70). Las consecuencias de este hecho se proyectan en una doble dirección. En primer lugar, la insuficiencia de las formas societarias del catálogo legislativo para atender las exigencias de la empresa moderna. Esta inadecuación se traduce básicamente en una pérdida de aptitud funcional de las formas mercantiles tradicionales. En efecto, las sociedades personalistas se han limitado de forma progresiva al ejercicio de empresas familiares, de pequeña y media dimensión o se han transformado en un simple instrumento de saneamiento financiero, como sucede en el caso de la comanditaria. La expansión de las formas societarias de responsabilidad limitada, en las que junto a una mayor estabilidad de la base patrimonial de la empresa existen mejores posibilidades en la utilización del crédito ha provocado una fosilización de las sociedades personalistas, una crisis de identidad de estas figuras, que se han visto obligadas a prescindir de sus atributos tradicio

nales para poder adaptarse al tráfico moderno. Pero - también las sociedades de capitales presentan graves problemas de adecuación. Esto se ve claramente con - la sociedad anónima. Creada para facilitar el desa-- rrollo de la gran empresa del siglo pasado, la socie- dad anónima es incapaz de dar hoy una respuesta a los problemas que plantea el fenómeno más característico de nuestro tiempo, la concentración de empresas. Las cuestiones que suscita la formación de grupos de so- ciedades -posibilidad de institucionalizar jurídica- mente una figura que dé unidad al grupo, creattón de un eficaz sistema de protección de los accionistas ex- ternos, de los acreedores y de los trabajadores, téc- nicas para anudar a la unidad de dirección económica una específica responsabilidad del grupo como tal, etc- difícilmente pueden ser abordadas con la disciplina - tradicional sobre sociedades anónimas.

Aquí se abre el temario acerca de la desnaturaliza- ción de los rasgos tipificadores de la sociedad anó- nima cuando su estructura legal se aplica a esta nue- va realidad y se plantea el problema de la pérdida de su aptitud funcional. En general puede afirmarse, sin obstáculo de las puntualizaciones que haremos más ade- lante, que no solo la tendencia hacia la creación de unidades económicas de grandes dimensiones sino fac-

tores de índole diversa, como por ejemplo las necesidades crecientes de financiación y los problemas alrededor de la conservación y gestión de las modernas empresas, la extensión de las formas empresariales tradicionales al sector público (71), han puesto en causa la adecuación del derecho vigente a la realidad actual. Por otra parte, e independientemente de la -- orientación que se adapten frente al problema de las relaciones empresa-sociedad en sus aspectos dogmáticos, parece claro que la evolución experimentada en los últimos años por la organización económica que es la empresa ha tenido una influencia determinante sobre las formas que adopta el sujeto jurídico sociedad para el ejercicio de esta actividad (72).

Las dificultades con que tropieza el legislador para poder resolver esta situación con la necesaria agilidad hace, que en la práctica sean los propios intervinientes los que, anticipándose a las previsiones legislativas, elaboran para las nuevas necesidades nuevos esquemas de organización societaria. Esta reestructuración de los tipos societarios al margen del derecho escrito, bajo la presión de factores de carácter económico y social, es congruente a su vez con el desenvolvimiento histórico del derecho de sociedades cuyo nacimiento y desarrollo se debe básicamente al -

impulso de los comerciantes (73). El problema de la adaptación de los instrumentos jurídicos a la realidad económica se plantea pues en una doble vertiente: Por un lado ver si la estructura externa del Derecho de Sociedades es apta para satisfacer las necesidades actuales de la empresa (problemas de estructura externa) y en su caso qué medidas deben adoptarse; por otro, las cuestiones relativas a la dimensión, estructura y características que cada concreta forma societaria debe reunir para atender las exigencias del tráfico actual (problemas de estructura interna).

La sistemática que aquí se propone obedece más a razones de carácter expositivo que a consideraciones de índole real. En la práctica las cosas no se presentan ciertamente en términos tan explícitos. Cuando se examinan los supuestos de creación de nuevas figuras por los particulares, se aborda una cuestión que afecta directamente a la configuración externa del Derecho de Sociedades pero que, al mismo tiempo, pone en relación elementos estructurales pertenecientes a formas sociales diferentes. Los llamados "nuevos tipos societarios" no son por lo general estructuras organizativas originales sino "invenciones" derivadas de formas legales ya existentes. Lo mismo cabe decir respecto del fenómeno de aplicación de las formas legales de sociedad a fines no previstos por el legisla

dor. Aunque desde un punto de vista formal se trata de supuestos en que, sin alteración de la estructura interna, la forma societaria se destina a una función atípica (Typendehnung), de hecho la dinámica de la actividad, del objeto o del fin perseguido repercute sobre la configuración de los elementos estructurales. Baste con pensar por ejemplo, en la sociedad anónima familiar o en la sociedad de un solo socio. Esta situación luce con mayor claridad todavía en el sector de problemas de estructura interna. Aquí se distingue entre sociedades de personas organizadas bajo forma corporativa y sociedades de capitales con estructura personalista. La clasificación no puede aceptarse sin reservas toda vez que la distinción entre sociedades de personas y sociedades de capitales dista de ser satisfactoria. El fenómeno de los tipos mixtos (Typenvermischung) constituye una realidad legislativa de larga tradición -piénsese por ejemplo en la sociedad comanditaria simple y por acciones e incluso en la sociedad de responsabilidad limitada-. Junto a figuras tales como la sociedad de personas de responsabilidad limitada del derecho belga (74), las empresas económicas de interés público -sociedades mercantiles de interés público, sociedades de economía mixta, sociedades comerciales de derecho público o los -

establecimientos públicos de naturaleza comercial industrial- (75)-, figuras todas ellas en las que la combinación de elementos personales y patrimoniales - no permite desde un punto de vista sistemático una - adscripción inequívoca a la categoría de sociedad de personas o de capitales.

A pesar de estas limitaciones no parece que los problemas de estructura del Derecho de Sociedades puedan examinarse desde una perspectiva distinta de la aquí adoptada. Por un lado, los supuestos en que las partes, sin pretender alterar la organización social interna, se sirven de la sociedad para fines no tenidos en cuenta por el legislador; por otro lado, el fenómeno de las formas mixtas, en sus distintas variantes. Sólo desde este ángulo puede abordarse el problema de la atipicidad societaria en su doble vertiente de nacimiento de nuevas formas sociales y creación de tipos societarios distintos de los previstos en la regulación de las figuras del catálogo legislativo

I. Problemas de estructura externa

El examen de los problemas de estructura externa presenta desde el punto de vista metodológico una importancia superior a la de los restantes problemas estructurales. Por razones obvias parece conveniente plantearse, antes de decidir qué elementos singulares deben configurar internamente una determinada forma social, la cuestión de cuáles son las necesidades existentes en el tráfico económico y con qué instrumentos se cuenta para atender tales necesidades. Alrededor de estos dos temas se plantea un núcleo de problemas a los que vamos a referirnos brevemente.

El primero es un tema típico de investigación jurídico-sociológica que aquí sólo puede ser enunciado. Se trata de ver básicamente qué factores sociales son determinantes en cada caso para el nacimiento de las formas societarias y en qué medida existe una correspondencia entre el supuesto de hecho examinado -la forma social de que se trata- y las necesidades del tráfico que han justificado la creación de esta figura. La cuestión, como puede advertirse, no se limita sólo a destacar los hechos que dan lugar al nacimiento de una forma social sino verificar la vigencia de

estos hechos como elementos de "legitimación" de la subsistencia misma de esa figura (76). El problema consiste, en última instancia, en determinar en qué medida el modelo conflictual descrito por medio de categorías jurídicas comprende todos los factores sociales con relevancia para la solución del conflicto. Esta cuestión ha sido lúcidamente examinada por Mestmäcker en relación con la disciplina de la sociedad anónima y la crítica que hace de la misma es aplicable, en lo fundamental, a las restantes sociedades (77).

El segundo problema tiene carácter político-jurídico y consiste básicamente en determinar cuál haya de ser la morfología externa del catálogo legal. Este tema se presenta a su vez en planos diversos: por un lado está la cuestión de si para la consecución de fines comunes el legislador debe o no poner a disposición de los particulares un número limitado de esquemas de organización (78). Si el legislador se pronuncia a favor de la limitación de las formas mercantiles de sociedad -como parece haber sido hasta ahora la orientación del derecho comparado- habrá que analizar las consecuencias que la existencia de un numerus clausus de sociedades tiene para la configuración del tipo. -

La cuestión no es otra que ver en qué medida las diferentes formas de sociedad del catálogo legal responden adecuadamente, en su conjunto, a las necesidades generales de la vida social y económica y si conviene aumentar o disminuir su número, restringiendo o ampliando, con normas dispositivas o imperativas, el campo de aplicación y las funciones respectivas de cada una de ellas. Dicho en otros términos, si el ordenamiento debe ofrecer a los particulares un número elevado de formas sociales sometidas a una disciplina jurídica rígida, cuyos esquemas organizativos no permitan a los interesados llevar a cabo modificaciones estructurales (79) o si es preferible por el contrario un número pequeño de sociedades, con esquemas flexibles, que hagan posible la adecuación de los tipos legales a los tipos creados en el tráfico.

1. Creación de nuevas figuras

La tendencia legislativa ha sido hasta ahora la de mantener un reducido número de formas sociales y permitir que los particulares adapten los esquemas organizativos de la ley a las exigencias de la práctica.- Esto es válido en todo caso para las formas de sociedades personalistas y para la sociedad de responsabi-

lidad limitada. A esta orientación fundamental hay - que hacer sin embargo una corrección importante y es que el número de sociedades del catálogo legal no se ha mantenido invariable con el transcurso del tiempo. Junto a las formas tradicionales -sociedades colectiva, comanditaria y anónima- se han introducido nuevas figuras, orientación que, como pone de relieve la evolución del derecho comparado en este sector, ha sido seguida por la totalidad de los legisladores continentales. El ejemplo más interesante a este respecto ha sido la creación a finales del siglo pasado en Alemania de la sociedad de responsabilidad limitada. La intención del legislador era poder ofrecer una alternativa eficaz frente a la sociedad anónima en el sentido de crear un instrumento para las pequeñas empresas que desearan acogerse al beneficio de la responsabilidad limitada. Esto se ha hecho posible a través de - técnicas diversas. En la mayoría de los casos mediante la exigencia de un capital mínimo extremadamente bajo, como por ejemplo el derecho italiano (art. 2327 C civile), derecho francés (D.9.8.1953 que exigía una - cifra equivalente a 10.000 francos nuevos) y derecho español, incluso después de la reforma de la ley de - 5.12.1968. En otros casos, como en derecho suizo, sin fijación de límites legales, gracias a la amplia fle-

xibilidad con que puede conformarse el estatuto de la sociedad. El éxito de la fórmula de sociedad de responsabilidad limitada explica que haya sido acogida - en todas las demás legislaciones europeas (80).

Dentro de esta misma dirección hay que mencionar la - creación de la sociedad cooperativa así como la aparición de otras formas especiales de sociedad (81).

Las presiones para aumentar el número de los tipos sociatarios proceden fundamentalmente de la práctica negocial. En el tráfico aparecen constantemente nuevas formas de organización que, una vez dotadas de tipicidad social, plantean al legislador el problema de su incorporación al catálogo legal. De las figuras actualmente existentes la que mayor interés ofrece es - la sociedad de responsabilidad limitada socio gestor de una comanditaria. La difusión de esta forma societaria en los últimos años ha sido impresionante, sobre todo en la práctica jurídica alemana (82). Bajo las siglas GmbH Co.KG (83) se conoce el fenómeno de constitución de una sociedad en comandita con único - socio colectivo -la sociedad de responsabilidad limitada- cuyos socios son al mismo tiempo comanditarios de aquélla. Esta fórmula, mediante la cual una persona jurídica pueda asumir la posición de socio "perso-

nal" e ilimitadamente responsable de una sociedad de personas, no encaja "prima facie" en el modelo legal de sociedad comanditaria (84) y su admisibilidad se planteó ya como problema en el momento de la elaboración del vigente HGB (85). Aunque en la actualidad la doctrina dominante se inclina por reconocer la licitud de esta figura (86) los problemas que la misma plantea no pueden considerarse todavía resueltos. Por un lado se da el hecho de que, diversamente a lo que sucede con el gestor de una sociedad comanditaria, cuyo poder de disposición es básicamente ilimitado e ilimitable y cuya revocación solo es posible cuando concurren circunstancias graves, en la sociedad de responsabilidad limitada la revocación puede producirse en cualquier momento, sin necesidad del complejo mecanismo previsto en la ley para las sociedades de personas. En la GmbH Co.KG esta diversidad de regulación plantea dificultades dado que en ella la persona jurídica gestor de la comanditaria opera de hecho a través de sus propios administradores. Por otro lado la existencia de dos contabilidades, dos asambleas de socios, dos declaraciones fiscales y sobre todo dos firmas distintas -que según la complejidad de la sociedad pueden multiplicarse- da lugar en la práctica a graves problemas. Entre

ellos el tema que mayor oposición ha encontrado desde el punto de vista dogmático y sobre todo político jurídico ha sido el relativo al régimen de responsabilidad frente a terceros. Desde un punto de vista formal la sociedad de responsabilidad limitada responde en estas sociedades con un carácter ilimitado; de hecho se trata, por el contrario, de una responsabilidad limitada al capital social. A esto hay que añadir que son en realidad los comanditarios los que debido a su condición de gestores de la limitada, administran la sociedad, función que llevan a cabo sin quedar sujetos a una responsabilidad ilimitada. Se trata en definitiva de una fórmula por virtud de la cual se introducen en el tráfico un tipo de sociedad personalista en el que todos los socios responden limitadamente (87).

Debido a esta complicada situación jurídica, el legislador no se ha decidido en la reciente reforma del derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada (88) a dar a esta sociedad un tratamiento jurídico autónomo. Este fenómeno se contempla únicamente en relación con el tema de la admisibilidad de una sociedad de responsabilidad limitada socio colectivo de una comanditaria. Tampoco la ley de reforma -

francesa de 24.7.1966 se ocupa de esta figura. Su posibilidad está sin embargo implícitamente reconocida tanto en la nueva ley -art. 12 párrafo 2, respecto de la sociedad colectiva- como en la doctrina - (89).

Fuera del sector de las innovaciones legislativas y a un nivel prevalentemente académico merece especial mención la reciente propuesta de creación de una nueva sociedad mercantil, llevada a cabo en Alemania - por el "Arbeitskreis GmbH-Reform". A finales de 1971 este grupo de expertos sentó las bases para la regulación de un nuevo tipo societario, la llamada "Handelsgesellschaft auf Einlagen" (90). Se trata en síntesis de una sociedad personalista de responsabilidad limitada cuyos rasgos estructurales difieren de los considerados tradicionalmente "típicos" de toda sociedad de personas. En ella se prescinde del principio de autoorganismo, de la formación de la voluntad social a través del derecho de votos por cabeza, introduciéndose como regla general el principio de mayorías; se prescinde asimismo de la división de las pérdidas y ganancias según las reglas capitalistas y de la disolución de la sociedad por modificación de las circunstancias personales de los -

socios, en particular, por causa de muerte (91). La construcción en cuanto a tal no encierra gran novedad; durante los últimos años han sido frecuentes - las aportaciones doctrinales de esta dirección (92). Tiene sin embargo el interés de recoger y formular - por vía de recapitulación crítica las propuestas de reforma más importantes que se han realizado en estos años dentro del sector del Derecho de Sociedades de personas. En este caso se trata de una renovada petición al legislador para la introducción en derecho positivo de la categoría de la sociedad personalista de responsabilidad limitada, que cuenta hoy con amplis audiencia en la doctrina científica (93).

Junto a estas figuras existen en el tráfico una pluralidad de modelos de organización societaria que, dotados de una mayor o menor tipicidad social, se presentan como alternativa a las formas tradicionales de sociedad. Especial interés tiene el llamado "modelo fiduciario del derecho de inversión", mediante el que se persigue una reestructuración del esquema de la sociedad anónima cuyas acciones se encuentran repartidas entre un elevado número de socios (94). Se trata de una construcción que más que proponer una fórmula organizativa nueva tiende a redimensionar la

posición del pequeño accionista dentro de la gran sociedad anónima. Para ello se comienza por revisar - críticamente las notas que caracterizan esta última y en particular el absentismo de los accionistas y - su conversión psicológica en obligacionistas; la institucionalización del interés del management como un interés independiente y a veces contrapuesto al de - los titulares de las participaciones -fenómeno que en la práctica americana se conoce bajo el nombre de "Business Judgement Rule" (95)-; política de autofi nanciación orientada a limitar al máximo el reparto de beneficio sin que el crecimiento patrimonial de - ella derivado se traduzca en un correlativo aumento del valor de las acciones, lo cual reduce considera- blemente el atractivo de la inversión.

El modelo fiduciario que ahora se examina no se pro- pone formalmente una modificación estructural de la sociedad anónima; los resultados a los que llega son sin embargo ~~estos~~. La rectificación de los elementos caracterizadores de la gran ~~soe~~ciedad anónima se lle- va a cabo a varios niveles. En primer término la finalidad de la sociedad no consiste sólo en satisfac- cer los intereses de los propietarios del capital si no también los de los restantes intervinientes en el

proceso productivo, con expresa previsión de un modelo de cogestión al cual, más allá de la discusión sobre la cogestión paritaria, busca atender los intereses del capital y del trabajo, incorporando ambos a la dirección de la empresa por vía de una colabora--ción fiduciaria (96). En segundo lugar se introduce un mecanismo de control paralelo al previsto en el sistema americano de la "derivate suit" -acción individual del socio y obligación de publicidad-, para subordinar la actividad del management al bien superior de la empresa (97). A esta finalidad sirve -igualmente la creación de acciones, como las del modelo Volkswagen -ejercicio de los derechos de socio a través de representantes según la fórmula del "proxy-system" o a través de fondos de inversión (98)- o las de carácter privilegiado sin derecho de voto, como se postula en derecho italiano. Finalmente se propugna la introducción del principio del "open-end", el cual tiene por finalidad elevar el atractivo de -la inversión para los pequeños ahorradores, al posibilitar el ejercicio del derecho de separación del -accionista en cualquier momento mediante una indemnización adecuada.

No es este el momento de adelantar un juicio sobre el

significado de este modelo fiduciario del derecho de inversión en la gran sociedad anónima. Ello requeriría un análisis más detenido del funcionamiento del mismo. Cabe sin embargo formular con carácter general algunas consideraciones preliminares.

La concepción fiduciaria describe, como Mestmäcker - ha puesto certeramente de manifiesto (99), un aspecto importante de la relación jurídica existente entre dirección de la empresa e inversores. El que en la empresa asume funciones directivas no puede perseguir su propio interés personal sino que debe orientar su política a la realización del conjunto de intereses que intervienen en el proceso productivo. La posibilidad de arbitrar medidas que garanticen una actuación correcta del management dependerá de las características de la singular actividad empresarial, es decir, de la posibilidad de instaurar un sistema objetivo de controles fuera de los supuestos de responsabilidad previstos en la ley. Los factores que operan en este sector - métodos de investigación del mercado, estrategia comercial, previsión de la concurrencia, política económica del Estado, etc.- hacen que sea sumamente difícil determinar los límites dentro de los cuales la actividad de los gestores res--

ponde a esos módulos de comportamiento objetivos. La amplia esfera de acción que el derecho americano concede al management no debe considerarse sin más una patente de arbitrariedad. Al contrario; las soluciones que se proponen como alternativa se reducirían o bien a una responsabilidad patrimonial en función del éxito -con lo cual se trasladaría al management el riesgo de la dirección de la empresa, medida que además de ser injusta supondría una alteración de la fórmula clásica de atribución de la responsabilidad al propietario del capital- o bien a una delegación en favor de los Tribunales del problema de determinación de los criterios de responsabilidad, lo cual tampoco sería aceptable (100). Desde esta perspectiva no queda al pensamiento fiduciario otro significado que el de legitimación en caso de conflicto de intereses. No es por consiguiente un instrumento válido para determinar la forma en que la dirección de la empresa debe realizar sus obligaciones de administración de la sociedad y en su caso, de vigilancia sobre la misma.

Las limitaciones que acaban de indicarse suponen además un obstáculo serio en orden a la practicabilidad del modelo fiduciario de inversión en la sociedad de

grandes dimensiones. En particular resulta dudoso - que deba renunciarse a los mecanismos de control pre vistos en el modelo corporativo de la ley en favor - de instituciones de naturaleza fiduciaria ya que la representación colectiva de los intereses de los pequeños accionistas tropieza en la práctica con los - mismos o mayores problemas que plantea la representa ción de los intereses de los trabajadores. Tanto - el sistema del "Depotsstimmrecht" por los bancos como el "Proxy-system" son en este sentido insuficientes. El primero adolece entre otros defectos, de provocar graves conflictos de intereses; el segundo choca con tra el fin mismo de la representación de los accionis tas, ya que, de hecho, dá lugar al ejercicio del con trol por medio del management, que es quien debe ser precisamente controlado. La salida a esta situación podría orientarse en principio en el sentido de repre sentación de los accionistas a través de los fondos de inversión, lo cual a su vez plantearía otro tipo de problemas (101). En cuanto a la viabilidad del - principio del "open-end" podrían formularse también reparos, dada la dificultad que encierra la valora ción de estas empresas, presupuesto esencial para la fijación de la cuota del socio saliente, y dados los

problemas que esta medida podría ocasionar a empresas de baja rentabilidad.

Todas estas consideraciones generales habrían de ser objeto de un examen detenido que excede de los límites de este apartado. Se recogen sin otra pretensión que la puramente orientativa: centrar los términos de una problemática que, dada la expansión de este fenómeno en el tráfico, reviste hoy particular actualidad.

En el ámbito del derecho comunitario europeo hay que mencionar los esfuerzos para la creación de una sociedad de tipo europeo (Societas Europaea) como forma distinta e independiente de los modelos de operación previstos en las legislaciones nacionales (102). Este temario debe quedar necesariamente remitido.

La tendencia en favor del aumento del número de formas societarias legalmente reguladas debe ser tomada con grandes reservas. Las razones para ello son de orden diverso. El proceso de "tipificación" legislativa de la realidad social está sometido por su propia dinámica a serias limitaciones. Anticipando ideas que se recogen en otro lugar hay que decir que la regulación orgánica del sector del tráfico en que

tiene lugar la actividad societaria se lleva a cabo básicamente incorporando al catálogo legal fórmulas organizativas experimentadas en la práctica y dotadas por tanto de una cierta tipicidad social (103). Este proceso se lleva a cabo seccionando y en cierto modo "estereotipando" la evolución de la vida económica y social y cristaliza en los esquemas de organización que componen el catálogo legal. Solo en el momento de la codificación, y a veces ni siquiera entonces, las figuras legales responden adecuadamente a las exigencias del tráfico. La dinámica propia de este último hace que los textos legales envejecan pronto; la actividad legislativa no puede, por razones técnicas, aprehender de forma adecuada esta evolución. La consolidación en el tráfico de formas organizativas nuevas y la fase ulterior de su regulación legal llevan consigo un período de tiempo necesariamente largo. Surge de ahí la duda de hasta qué punto las fórmulas que nacen espontáneamente en el tráfico cubren su función originaria cuando son incorporados al catálogo legal. Este condicionamiento impuesto por la dinámica del proceso legislativo debe ser tenido en cuenta si se quiere comprender una gran parte de los problemas que estamos examinando. La imposibilidad de que los particulares creen nuevas -

sociedades traslada el problema de estructura externa al plano de la función legislativa. Es el legislador el que, al tipificar la realidad económica, debe determinar el número de figuras a disposición de los particulares, el carácter abierto o cerrado de su estructura, su adscripción más o menos rígida al fin social y consiguientemente las posibilidades de aplicación de cada forma social (104).

No es seguro, como ya hemos dicho, que la tensión entre Derecho y realidad pueda resolverse a través de una multiplicación de las formas societarias actualmente existentes. El problema de si es preferible que los tipos legales estén determinados con un carácter riguroso, dejando un escaso margen a las facultades configuradoras de los socios o que vengan delimitados con flexibilidad tiene consecuencias inmediatas para el número de figuras que componen el catálogo legal. En el primer caso el número de formas que el legislador pone a disposición de los interesados ha de ser forzosamente elevado ya que el sometimiento de estas figuras a normas de derecho necesario restringe notablemente sus posibilidades de aplicación. Tal sería por ejemplo el caso, si dentro de la disciplina legal de la sociedad anónima se introdujesen, como tipos diferenciados, la sociedad anónima familiar, la -

sociedad anónima pública, la sociedad anónima corno, la sociedad anónima aplicable a las restantes hipótesis. Esta elevación de las sociedades del catálogo legislativo llevaría consigo probablemente mayores dificultades de recíproca delimitación y daría lugar a una mayor rigidez del sistema legal, haciéndole con ello menos apto para satisfacer las necesidades cambiantes de la práctica. El problema tiene gran importancia y actualidad. El movimiento de reforma del Derecho de Sociedades, que tiene lugar en una gran parte de los ordenamientos europeos (106), se ocupa justamente de este temario. Sin obstáculo de las precisiones que se hacen más abajo conviene afirmar, como línea directriz, que cualquier reforma "morfológica" del Derecho de Sociedades debe orientarse en principio hacia una mayor flexibilidad de las estructuras sociales ya existentes, restringiendo en lo posible la creación de nuevas figuras. Esta orientación presupone una concepción dogmática y político-jurídica distinta de la dominante en el derecho actual de sociedades.

2. Aplicación de las formas sociales a fines no tenidos en cuenta por el legislador

El examen de los problemas de estructura externa des-

de el ángulo de la actividad legislativa -ampliación del catálogo societario- y la introducción por los particulares de nuevas fórmulas organizativas no agota el temario que aquí se examina. Especial interés en este contexto tiene el fenómeno de utilización de las formas sociales de la ley a fines para los que no fueron creados, ajenos por tanto a las previsiones -legislativas, o a fines, que sin haber sido excluidos formalmente, presuponen una estructura legislativa -diversa de la que tiene la figura adoptada. Antes de pasar revista a los supuestos más importantes, conviene algunas observaciones de carácter introductorio.

En la disciplina de los rodennamientos continentales pueden distinguirse por vía de síntesis tres planos diversos sobre los que se proyecta la facultad electiva de las formas societarias. En primer lugar los particulares pueden servirse, para la realización de sus intereses, sin limitación alguna y siempre que se satisfagan los requisitos de derecho necesario, de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada. El hecho de que la disciplina de estas figuras no venga conectada a la realización de un fin legal específico hace que su utilización sea posible independientemente del objeto de la actividad desempeñada. Es-

tas sociedades tienen en este sentido un carácter neutro: Pueden servir a fines tanto ideales como económicos, de naturaleza civil o mercantil. La "fungibilidad" del esquema organizativo de las sociedades de capitales y la indiferenciación de su objeto explica por otra parte el sometimiento de su constitución al cumplimiento de requisitos particularmente rigurosos.

En segundo lugar están aquellas sociedades cuya adopción se encuentra subordinada a la prosecución de fin
nes económicos, tenga o no carácter mercantil. La -
cuestión de la índole mercantil de fin sitúa este temario dentro del debatido problema de la diferenciación entre sociedades civiles y mercantiles, cuestión que como es sabido se aborda con técnicas diversas en los distintos ordenamientos legales. Mientras que en nuestro derecho está admitida la posibilidad de sociedades civiles con objeto o finalidad mercantil y al -
revés -supuesto este último expresamente regulado en el artº. 1670 Código Civil- y no parece por tanto -
que la mercantilidad del fin social pueda considerarse elemento definidor del contrato (106), en otros -
ordenamientos como el italiano el ejercicio de una ac
tividad económica de empresa, tal como se formula en el artículo 2.247 Civile, está reservada únicamente a las sociedades mercantiles. Las empresas no comer-

ciales pueden adoptar cualquiera de las formas legales de sociedad; las empresas mercantiles por el contrario, solo pueden servirse del esquema organizativo de las formas comerciales. Sin entrar en el detalle de este temario hay que subrayar que, aún en el caso de que la naturaleza mercantil del fin no se considere esencial, el hecho de que el ejercicio de una explotación mercantil constituya el objeto de la actividad natural de la sociedad colectiva y de la comanditaria lleva consigo el que la finalidad de ganancias constituya uno de sus elementos típicos. Al revés de lo que sucede en el caso de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada, la adopción de estas formas sociales excluye la posibilidad de perseguir fines de carácter ideal. Con ello se introduce una primera restricción a la aplicabilidad de las formas mercantiles por razón del fin.

El tercer supuesto es aquel en que entre forma y fin social se da una conexión tal que no es posible la obtención de este último sin adoptar una forma social determinada. Tal sucede por ejemplo con las actividades aseguradoras o bancaria que, como es sabido, deben realizarse necesariamente bajo la forma de sociedad anónima. Lo mismo cabe decir de las actividades de carácter cooperativo. Mientras que en la hipóte-

sis anterior los particulares gozan, dentro de los - límites señalados, de la posibilidad de elegir la forma social que más se ajuste a sus necesidades, aquí- la ley no limita sino que excluye la libertad de elección.

La terminología utilizada en la doctrina para designar este fenómeno es equívoca. En su formulación o-originaria se conoce con el nombre de "Typenwahl" la facultad concedida a los socios para elegir la forma social que mejor se adecúe a sus intereses. Cuando la adopción de una forma jurídica se hace depender de un fin específico -por ejemplo una sociedad dedicada a una explotación mercantil- se habla de una "gesetzliche Typenbeschränkung"; sólo cuando para un fin se impone una forma social determinada se utiliza el término "gesetzlicher Typenzwang" (107). En relación - con la segunda denominación -limitación legal de tipos- se ha dicho que en el sentido utilizado para la doctrina dominante induce a error; lo que aquí se limita no es el tipo sino el número de tipos utilizables (problema relativo a la existencia de un numerus clausus de sociedades); por otro lado presupone un - examen previo del grado de fijación de los tipos legales. La cuestión tiene una importancia que va más - allá de los aspectos puramente terminológicos dada la

generalización de estos conceptos fuera y dentro de -
la literatura alemana (108).

La clasificación que acaba de señalarse tiene una finalidad básicamente ordenadora y no puede tomarse por tanto en un sentido estricto. Existen supuestos en - que la imposición legal de una forma societaria es in dependiente de la naturaleza del fin. Así por ejem-- plo en nuestro derecho el artículo 4 de la Ley de So- ciedades Anónimas obliga a adoptar la forma de socie- dad anónima a todas aquellas sociedades, con excepción de la comanditaria simple, que limitan en cualquier - forma la responsabilidad de sus socios y tengan un ca pital superior a 50 millones de pesetas. La clasifi- cación que aquí se propone tiende por tanto a desta-- car la relación existente entre libertad de elección y fin social típico y solo desde esta perspectiva cu- bre una función ordenadora. De hecho, toda vez que - la ley previene la posibilidad de utilizar determina- das formas sociales sin atención a la índole del fin, estos planos se entrecruzan. Lo que aquí interesa - hacer notar es que salvo en supuestos extremos -co- mo el de la sociedad anónima y la sociedad de respon- sabilidad limitada- existe en las sociedades del ca- tálogo legal un grado mayor o menor de correspenden- cia entre forma social y objeto de actividad y que pa

ralelamente se da en ellas una conexión entre estructura organizativa y función social. Las sociedades mercantiles no solo están pensadas para la consecución de fines legalmente elimitados sino que su configuración interna responde a una función que por su tipicidad ayuda a acotar el campo de aplicación de la figura: ejercicio de empresas económicas de grandes dimensiones a través de las sociedades de capitales, en especial de la sociedad anónima; explotación de empresas de pequeñas dimensiones por medio de sociedades de estructura personalista. Esta clasificación no expresa exactamente el estado de la cuestión pero pone de manifiesto la existencia, en situaciones societarias típicas, de un cuadro de relaciones entre forma social externa -fin legal típico por un lado y estructura organizativa- función típica por otro. La alteración de este cuadro da lugar a problemas de estructura externa en el sentido que venimos examinando. De ahí la necesidad de un tratamiento jurídico independiente de estas cuestiones.

En cada uno de estos supuestos, la aplicación de un instituto jurídico a fines que difieren del cuadro-guía tenido en cuenta por el legislador tiene una significación diversa. El grado de "fijación" del fin legal determina los límites dentro de los cuales

es posible una aplicación mayor o menor del instituto jurídico y permite juzgar, en forma diferenciada, los supuestos de desviación del modelo legal. En algunos casos la aplicación de las sociedades a fines diversos de aquellos para los que fueron creados puede dar lugar a situaciones de abuso de derecho. Tal sucedió por ejemplo en el famoso caso Feldmühle, en el que el Tribunal Constitucional alemán denegó la posibilidad de transformación de la sociedad, reconocida con carácter general en el ordenamiento jurídico, por llevar consigo la imposición a un pequeño grupo de accionistas de la obligación separarse de la sociedad (109). A este temario nos referiremos extensamente más abajo.

A continuación vamos a ocuparnos de las manifestaciones más importantes de este fenómeno. Se examinan en primer lugar los supuestos de desviación de las formas sociales respecto del fin social considerado típico. En segundo término las modalidades de aplicación de las sociedades caracterizadas por la indiferenciación de su objeto -sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada- que no responden a la estructura organizativa prevista para ellas en la ley.

a) Sociedades personalistas sin finalidad lucrativa.

En su configuración típica las sociedades colectiva y comanditaria son figuras caracterizadas por la mercantilidad del fin social. Desde un punto de vista histórico, dogmático y político-jurídico el ejercicio de una explotación mercantil orientada hacia una finalidad de ganancias constituye un elemento individualizador de estas figuras. En este mismo sentido debe entenderse la sistemática adoptada por el legislador al ocuparse de este tema en los ordenamientos continentales.

En la práctica comercial de los últimos años ha sido frecuente sin embargo la constitución de sociedades comanditarias con el fin específico de cerrar los ejercicios con pérdidas. Se trata de sociedades que desde el punto de vista contable se proponen exclusivamente la realización de pérdidas. Este hecho, justificado por razones de tipo fiscal, permite a la sociedad, por un lado, acogerse a altas posibilidades de amortización ofrecidas a inversiones, que se realicen en ciertos sectores de actividad o en regiones en vías de desarrollo, sometidas a un riesgo económico superior al normal. A través de una manipulación

de los conceptos "capital propio" y "capital ajeno" y gracias sobre todo a la carencia de personalidad jurídica de la sociedad, resulta técnicamente posible que las pérdidas de ésta se consideren como pérdidas personales de los socios. Por medio de esta construcción, los socios pueden hacer figurar como propias las pérdidas de la sociedad y de este modo comprender fiscalmente ganancias obtenidas por otros conductos. El resultado es que al final la cantidad sujeta a tributación queda notablemente reducida. A los partícipes de estas sociedades, conocidas en la práctica alemana con el nombre de "steuerabschreibungscommanditgesellschaften" (110) no se les concede por lo general ningún derecho de socio. Bajo el lema "trabaje con pérdidas, el fisco paga su aportación a la sociedad", esta última ofrece a los socios únicamente las ventajas de amortización que acaban de indicarse.

Desde el punto de vista fiscal, el procedimiento reviste gran simplicidad: a una alta progresión tributaria sobre la renta de los socios, personas físicas, se contraponen por parte de la sociedad declaraciones de pérdidas que se incrementan por ésta en una proporción paralela. La declaración de pérdidas lleva consigo no solo un aplazamiento del pago de los im-

puestos sino una condonación de parte de la carga tributaria. Las técnicas son diversas: constitución de reservas por tiempo limitado que se liquidan más tarde, incrementando el fondo de ganancias repartibles; aprovechamiento de las normas sobre reducción de índices de valoración y sobre deducciones especiales, etc. El objetivo es en todo caso que el ahorro fiscal sea superior a la aportación realizada y que los beneficios fiscales excedan de las pérdidas reales de la sociedad. Cuando este último no sea posible, los socios pueden hacer uso de un derecho de separación incondicional.

El fenómeno que acaba de exponerse necesita, para una exacta comprensión del mismo, de algunas puntualizaciones. En primer lugar es claro que se trata de una particularidad de la práctica alemana y que por tanto no puede generalizarse a otros países. No es difícil imaginarse sin embargo que estas técnicas de bonificación fiscal pueden ser aplicadas también en países en los que existe un derecho material de socidades semejante. En segundo lugar un examen del supuesto de hecho pone de manifiesto que las sociedades que realizan este tipo de inversiones y se aprovechan directamente de ellas ("Betriebsgesellschaften") están orientadas en realidad a la obtención de benefi-

cios, aunque a causa de las posibilidades de amortización indicadas cierran "per saldo" el ejercicio con pérdidas. Las cuestiones que se suscitan alrededor de este tema son de diversa índole. La hipótesis tiene interés en cuanto permite plantear el problema de si una sociedad mercantil debe perseguir con carácter inmediato la realización de beneficios y si esta finalidad tiene carácter esencial no solo para la sociedad como tal sino también para los socios. Independientemente de las particularidades del supuesto de hecho elegido como ejemplo está el problema teórico de la esencialidad del ánimo de lucro para las sociedades mercantiles. A ello vamos a referirnos brevemente.

Las sociedades colectiva y comanditaria tienen, por regla general, objeto mercantil. La situación viene planteada de forma diversa en los distintos ordenamientos legales. En derecho alemán éste constituye un requisito esencial. En aquellos otros ordenamientos, como el francés y el español, en los que una sociedad de objeto no mercantil puede adoptar la forma de sociedad mercantil, este elemento debe considerarse en principio típico, pero no definidor. En ambos casos, tanto si se trata de un elemento esencial como si se le considera un rasgo típico, derogable por

voluntad de las partes, a la nota de mercantilidad - del objeto es esencial la finalidad de ganancias. Este criterio, que es el sostenido por la doctrina dominante (111), supone que la sociedad, cuyo objeto sea mercantil, debe dedicarse necesariamente a la realización de beneficios. En la doctrina más reciente el problema no viene resuelto en términos tan categóricos. La opinión más generalizada es la de - que el ánimo de ganancias no debe considerarse conceptualmente como un elemento necesario de la explotación mercantil. A este respecto bastaría simplemente la nota de finalidad económica (112).

En un ordenamiento como el nuestro esta orientación equivaldría a sostener que ni el requisito de la explotación mercantil ni la finalidad de ganancias - constituyen desde un punto de vista dogmático rasgos definidores del concepto "sociedad mercantil personalista" sino solamente elementos típicos, que las partes pueden eventualmente excluir. Esencial sería solo la finalidad económica. De este requisito se deriva que la participación en un fin común, movida solo por consideraciones altruistas, sería incompatible con el carácter mercantil de una institución y posiblemente con la naturaleza misma de las figuras societarias (113). Como conclusión provisional puede

afirmarse que, en principio, no debería existir ninguna dificultad en admitir la existencia de sociedades comanditarias creadas para realizar pérdidas según balance (114). Dada la atipicidad de este supuesto queda abierto el problema del régimen jurídico aplicable. En principio parece que a este supuesto deberían aplicarse, en todo caso, las normas jurídico-mercantiles por el simple hecho de su intervención en el tráfico. Por razones de seguridad jurídica no debe trasladarse a los terceros la obligación de informarse sobre los motivos que mueven a los intervinientes a operar en la vida económica (115).

La segunda cuestión que se plantea se refiere a si - en las sociedades orientadas a la realización de beneficios es esencial el que los socios persigan un fin lucrativo. La cuestión hay que examinarla en dos planos diversos. En las sociedades dotadas de personalidad jurídica no parece que presente dificultad la existencia de un "fin social" distinto del "fin individual" de los socios. En las sociedades en mano común, en las que no existe por el contrario una interposición del ente entre socios y terceros, es dudoso que sea posible mantener esta distinción. Según la opinión más generalizada el fin de la sociedad ha de identificarse con el fin de los socios (116). Con-

siguientemente siempre que una sociedad de personas tenga por objeto una explotación mercantil dirigida a la obtención de beneficios hay que entender que cada socio singular orienta su actividad en el sentido de obtener una ganancia. Esta condición no se satisface cuando el fin de los socios se limita simplemente a participar en una explotación mercantil que tiene un fin lucrativo. Se requiere por el contrario que cada uno de los socios persiga como objetivo personal la realización de beneficios.

Si trasladamos este planteamiento al supuesto examinado más arriba -toda vez que en derecho alemán las sociedades de personas carecen de personalidad jurídica- nos encontramos con que las exigencias dogmáticas solo en parte aparecen satisfechas. En primer término, las ganancias obtenidas por los socios no proceden directamente de la explotación de la sociedad sino que provienen del ahorro fiscal hecho posible gracias a las declaraciones de pérdidas de la sociedad. En segundo lugar, y por las mismas razones que acaban de indicarse, estas ganancias tampoco son objeto de discriminación en el bálance de ejercicio, en el cual se determinan los resultados partibles del negocio. Tampoco constituyen la finalidad estatutaria de la sociedad en el momento de su constitución.

Finalmente el socio no se interesa en obtener beneficios para sí o para terceros a través de la actividad económica ejercitada por la sociedad, sino solo por las declaraciones de pérdidas. La existencia de la sociedad no depende de que los socios persigan, - para sí mismos, la obtención de un beneficio. La fundación de una sociedad, en la que un socio se compromete por ejemplo a ceder la totalidad de las ganancias a un tercero, no significa que el socio, en cuanto tal, haya renunciado al ánimo de ganancia sino que el destinatario de las mismas no coincide con la persona que promueve su realización (117). Este último aspecto -la ausencia de un ánimo de ganancias en el socio, que de alguna forma responda al ánimo de ganancias que la sociedad, siquiera sea formalmente, - tiene en el momento de su constitución- plantea el problema de la naturaleza jurídica de estas figuras y en particular el tema de su posible desnaturalización como sociedad mercantil. Se habla en estos casos de una "sociedad comanditaria de carácter jurídico-civil" en la que el fin de la sociedad y el fin que los socios promueven en común consistiría exclusivamente en la explotación de una empresa, en el sentido lato de actividad económica organizada (118).

Por razones obvias no puede llevarse a cabo una re--

construcción crítica de este temario. De momento basta con exponer los rasgos fundamentales de la problemática que suscita y las directrices a tener en cuenta para su tratamiento. Sobre el tema volveremos más adelante (118 bis).

Como supuesto de aplicación de sociedades personalistas a finalidades diversas de las tradicionalmente previstas en la ley hay que mencionar por su importancia el fenómeno de actuación de estas últimas como instrumento de concentración de capitales. Aquí, al revés que en la hipótesis anterior, no tiene lugar una alteración del "fin social" sino de la "función económica típica". Las sociedades de personas se utilizan para crear, junto al mercado de capitales clásico, un mercado paralelo de inversiones patrimoniales no cotizables en bolsa. Se habla en estos casos de sociedades comanditarias de carácter público ("Publikumskommanditgesellschaften"), que por lo general revisten la forma de una GmbH.CoKG sola o acompañada de una sociedad de cuentas en participación atípica (119).

Las razones del desenvolvimiento de estas figuras hay que buscarlas básicamente en el deseo de los interesados de intervenir en el mercado de valores a través de fórmulas de inversión más atractivas que -

las tradicionales. El ahorro bancario no solo presenta los inconvenientes derivados del proceso de devaluación monetaria, sino que los institutos de crédito no se han mostrado capaces hasta ahora de conceder a los pequeños impositores unos intereses adecuados a las cotizaciones del mercado. El hecho decisivo ha sido sobre todo el descubrimiento de que determinadas bonificaciones fiscales, concedidas a inversiones sujetas a un riesgo superior al normal, podían ser aprovechadas por un amplio círculo de inversores. Como hemos señalado anteriormente los socios se encuentran en este caso, a través del ahorro fiscal que la fórmula ofrece, en condiciones de prefinanciar totalmente o en parte decisiva las participaciones que la sociedad pone a su disposición.

b) Cooperativas con finalidad lucrativa

Las cooperativas constituyen una forma jurídica y económica orientada, tanto desde el punto de vista de su evolución histórica cuanto desde el plano de su caracterización jurídico-positiva, a satisfacer las necesidades de sus propios asociados. Esta finalidad asistencial, característica del fenómeno cooperativo, presupone en primer término que la actividad realizada por la sociedad sirve primordialmente los intere-

ses de grupos de personas económicamente débiles, De ella forman parte por lo general personas sin experiencia mercantil y de escasa capacidad financiera, agrupadas entre sí por lazos de recíproca confianza con objeto de lograr, como dice nuestra legislación en esta materia (120) "fines comunes de carácter - económico-social".

Esta función de la sociedad para con sus miembros se lleva a cabo proporcionando a estos bienes o servicios en condiciones más ventajosas de las existentes en el mercado o remunerando al máximo las prestaciones de los socios. De forma diversa a lo que sucede en las sociedades mercantiles tradicionales, las cooperativas se encuentran sometidas, en su concepción legislativa, a lo que se ha dado en llamar el "ideal cooperativo". Bajo esta expresión se comprenden factores económicos, sociológicos, ético-sociales que - han determinado esencialmente la configuración legal de esta figura. Esta estrecha vinculación del esquema normativo a principios político jurídicos dá al - concepto de cooperativa un carácter "fenoménico", en el sentido de categoría acuñada por concepciones metajurídicas, que en el momento de la tipificación de la figura se han impuesto a las decisiones técnico-legislativas (121).

La función existencial de la cooperativas se ha identificado tradicionalmente con la ausencia de ánimo de lucro. Esto significa básicamente que la sociedad no persigue en cuanto a tal un fin de lucro ya que de su dinámica funcional forma parte el intento de sustitución de los intermediarios. No excluye sin embargo, que los socios tengan finalidad lucrativa; de hecho ésta existe desde el momento en que la realización de operaciones entre la sociedad y sus miembros lleva a cabo en favor de éstos la consecución de un ahorro o una mayor remuneración. En la constitución de la cooperativa es decisivo en todo caso que el fin social no se dirija a la obtención de un lucro. Esta especial significación del fin constituye, junto a los rasgos estructurales de variabilidad del capital y organización corporativa, el elemento más importante de identificación de estas formas sociales (122). En los ordenamientos legales que aquí se examinan está generalizada la caracterización de las cooperativas como sociedades no lucrativas (123). Y en este mismo sentido se orienta el derecho español vigente (124).

Esta concepción legislativa choca con una práctica -negocial que se sirve del instrumento técnico de la cooperativa para fines de carácter predominantemente lucrativo. Frente al modelo legal, creado como hemos

dicho para una función social y asistencial, es frecuente encontrarse en el tráfico cooperativas en las que la actividad negocial se limita cada vez menos a la realización de operaciones con sus propios asociados y en las que la sociedad se propone realizar beneficios repartibles entre los socios, exactamente igual que una sociedad mercantil. Esta desnaturalización del fin típico de las cooperativas se produce por lo general como consecuencia de una modificación radical de su estructura organizativa, que adopta -- rasgos de otras figuras, sobre todo de la sociedad anónima (125). La cooperativa emite participaciones sociales que confieren a su titular la condición de socio y sirven de módulo a los derechos patrimoniales de aquél. En principio son libremente transferibles y pueden llegar a cotizarse en bolsa lo mismo -- que las acciones de una sociedad anónima (126). Estas alteraciones, que pueden llegar a excluir el principio de "puerta abierta", también característico de las cooperativas, o la regla de igualdad de derechos de los socios, y que buscan básicamente una aproximación de estas figuras a las restantes sociedades mercantiles, hacen que los móviles de los socios no sean ya satisfacer sus propias necesidades a través del socorro mutuo sino el abstracto interés de obtención

de beneficios. Este cambio en la orientación del fin individual de los socios lleva consigo que el fin de la cooperativa deje de tener el carácter económico-social establecido en la ley y se oriente exclusiva o predominantemente a la obtención de rendimientos económicos elevados, lo mismo que las sociedades lucrativas.

Las razones por las cuales los particulares se sirven de estas figuras, en lugar de hacer uso de las sociedades mercantiles, varían según la legislación de cada país. Se trata por lo general de consideraciones fiscales y de menores gastos de constitución, aunque también juegan un papel importante aspectos jurídicos materiales tales como la existencia de un *numerus clausus*, la ausencia de una sociedad mercantil de capital variable y algunos países la inexistencia de una forma social especial para las mutuas (127).

La cooperativa se presenta así como un instrumento ideal para fines mercantiles sin tener que someterse al rigor de las disposiciones que regulan este sector. La libertad que la ley concede para la adquisición de la condición de socio, la posibilidad de excluir en los estatutos sociales la responsabilidad de los socios por deudas de la sociedad, el atributo de la per

sonalidad jurídica, la posibilidad de conservar la - propiedad de los objetos aportados a la sociedad - (aportaciones a capital retenido) expresan claramente el interés de esta fórmula para la práctica. En - algunas legislaciones, como la española, en que está expresamente prohibido el reparto de dividendos activos al capital (Artº 10 del Reglamento) y la distribución del excedente existente al disolverse la sociedad (artº 47 del Reglamento) los márgenes para una - manipulación de esta figura con vistas a una finalidad lucrativa son ciertamente más estrechos. El problema se presenta básicamente en aquellos ordenamientos en los que las normas reguladoras de la cooperativa tienen carácter esencialmente dispositivo, reservándose a los estatutos la facultad de establecer las normas que mejor se adapten a los intereses de los - partícipes (así por ejemplo los artículos 859 I y 913 OR sobre excedentes en caso de liquidación y en general la amplitud concedida en derecho suizo para organizar las relaciones jurídicas internas).

Desde el punto de vista político-jurídico se plantea en estos casos la cuestión, examinada ya en otro lugar, de la oportunidad de mantener un esquema legal unitario, destinado a una pluralidad de funciones o,

por el contrario, crear junto al modelo legal de cooperativa una nueva figura para las empresas cooperativas de gran número de miembros e importante volumen de negocios. A este tema se conectan una serie de cuestiones estructurales, consistentes en adaptar la actual organización interna de la cooperativa a las modernas exigencias que esta figura satisface en el tráfico actual (128).

c) Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada sin finalidad típica

El temario que se recoge bajo este epígrafe hace necesarias algunas aclaraciones preliminares. En primer lugar de carácter terminológico. Bajo la expresión sociedades "sin finalidad típica" se examinan a continuación una serie de supuestos caracterizados, bien por la inadecuación de la forma social al fin previsto en la ley, bien por llevar a cabo una función económica que no responde "prima facie" a la del modelo legal. El término "finalidad típica" se utiliza por tanto en un sentido no técnico, referido indistintamente al fin legal y a la función que el legislador ha atribuido a una determinada sociedad. En segundo lugar es necesaria una consideración de índole

la conceptual. Hablar de sociedad anónima sin un fin o función típicas presupone la existencia en la ley de una delimitación formal de las modalidades de aplicación de esta figura o de los fines que la misma puede perseguir. La situación es sin embargo diversa. El régimen jurídico de estas figuras se caracterizan por la ausencia de una conexión estrecha entre forma social y tipo legal (129) y ello hace que bajo el ropaje jurídico de sociedad anónima o de sociedades de responsabilidad limitada puedan cobijarse supuestos que, desde un punto de vista funcional, difícilmente encajan en el esquema organizativo de la ley. Este hecho ha planteado -de lege data- el problema de la existencia de un tipo legal único de sociedad anónima y de sociedades de responsabilidad limitada y en una perspectiva de lege ferenda ha llamado la atención sobre la oportunidad de crear una pluralidad de tipos legales de sociedades capitalistas.

Por razones no solo de claridad expositiva sino de carácter técnico-jurídico se parte aquí de la existencia en la ley de un tipo de sociedad anónima y de sociedad de responsabilidad limitada que expresa la concepción del legislador en una fase concreta de la evolución de estas figuras. Las razones en favor de

la existencia y reconocimiento de este modelo legal son diversas. Por un lado la configuración de las formas mercantiles de sociedad, primero en el tráfico y mas tarde en la ley, bajo la presión de factores económicos y sociales cuyos trazos históricos es posible distinguir con una cierta nitidez: Cada sociedad del catálogo legal nace en un contexto histórico preciso, como un medio para la satisfacción de necesidades concretas. La regulación legislativa se orienta hacia un "modelo empírico" de sociedad, hacia un fenómeno de la realidad que, a través de un proceso de tipificación social, ha llegado a convertirse en el "cuadro-guía" tenido en cuenta por el legislador. Con la disciplina jurídico societaria se trata no solo de hacer posible, genéricamente, la participación en el tráfico de una pluralidad de personas organizadas asociativamente. Las sociedades previstas en la ley son ante todo expedientes técnicos para la realización de determinados intereses de carácter económico y social. Como la evolución histórica de este sector pone de manifiesto, la disciplina de la sociedad anónima está orientada directamente hacia el supuesto de hecho que constituye el tipo legal del derecho vigente. Este tipo legal es la empresa de grandes dimensiones. A través de la sociedad anónima ha sido posible movilizar los recursos -

necesarios para el desenvolvimiento de la gran empresa moderna. La participación de amplios sectores de población en la financiación de actividades productivas, la racionalización de la explotación y la objetivación de su mecanismo son los elementos que han convertido la sociedad anónima en el instrumento del desarrollo del capitalismo. Todo ello es de sobra conocido y no hay por qué detenerse en este punto. Lo que interesa destacar ahora es la existencia en la ley de un "tipo" de sociedad anónima dotado de finalidad lucrativa y cuya función es básicamente la de servir a la empresa económica de grandes dimensiones. En relación a este tipo legal puede hablarse de supuestos con finalidad o funciones "atípicas".

Refiriéndonos en primer término al problema de las sociedades anónimas sin una función típica, la cuestión que se plantea es la de determinar el contenido de esta función. Dado que la ley no dice expresamente cuál sea ésta, habrá que inducirla de la disciplina legal. El examen del derecho comparado pone de manifiesto, como ya hemos dicho, que el legislador ha partido de un modelo de sociedad orientado esencialmente al ejercicio de una empresa económica de grandes dimensiones. Esto luce claramente de la estructura interna de la figura. La normativa sobre órganos, circulación de las acciones, régimen de conta-

bilidad y de balances, sistema de información y control, derecho del accionista a participar en las decisiones de la empresa a través del ejercicio del derecho de voto y a participar en los resultados económicos, todos estos elementos responden claramente a un modelo de sociedad anónima pensado como instrumento jurídico de la gran empresa (131). Este modelo legislativo ha sido construido además sobre un esquema democrático y racionalista, según el cual todos los socios se interesan por el destino de la empresa en cuya actividad colaboran (132).

En la práctica son pocas las sociedades anónimas que en su actuación responden a este modelo legal. Por un lado están las sociedades anónimas que recurren al ahorro público, cuya problemática desborda ampliamente las previsiones legislativas. El proceso de concentración económica y la importancia que en la moderna sociedad industrial tienen las sociedades con amplia dispersión del capital hace que el fenómeno de la gran sociedad anónima, cuyos títulos se cotizan en bolsa, constituya un rasgo característico de la situación actual. En estas sociedades los trazos típicos del modelo legal aparecen modificados o excluidos. El derecho de voto tiene una significación puramente formal (133): el desentendimiento de los titulares de

las acciones de la marcha de la sociedad ha llevado a la creación en el seno de esta de grupos de poder que tienden a liberarse de todo control y plantean con ello graves problemas de régimen empresarial y, en particular, ponen en causa la posición jurídica del empresario en el Derecho Constitucional Económico. Junto a este fenómeno del accionista como "absentee owner", está el de los accionistas que a pesar de su interés en la sociedad están desprovistos de todo poder decisorio, bien jurídicamente -por el control de los accionistas mayoritarios sobre los órganos de gestión-, bien de hecho, en base a la cesión de su derecho de voto a institutos de crédito que lo ejercitan prácticamente sin instrucciones de ninguna clase (134). Este dominio de la maquinaria "proxy" a través del management constituye de hecho una eliminación de la posición jurídica de socio del como viene recogida en la ley. Las propuestas del socio individual carecen ordinariamente de trascendencia para la marcha de la sociedad. De ahí la importancia que adquiere en la gran sociedad anónima la organización de los accionistas para actuar en las Juntas Generales (sin dicatos de accionistas, convenciones sobre el derecho de voto) así como la influencia sobre la formación de la voluntad social de los llamados accionistas institucionales (sociedades de inversión, de seguros, etc.):

La consideración de los intereses de los socios por parte de la sociedad se plantea en estos supuestos desde una perspectiva nueva (135) y el esquema legal queda - prácticamente eliminado. La autonomía de la administración de las Publikumsgesellschaften (136) pone en primer término el problema de la separación entre propiedad - del capital y dominio de la empresa, tema que desde su formulación en la obra ya clásica de Berle/Means (137) ha sido objeto de una discusión doctrinal ininterrumpida. Junto a la concurrencia y al principio de la "countervailing powers", tal como ha sido descrito por Galbraith, entran en juego aquí los temas de influencia - de los poderes públicos, el autocontrol de los órganos directivos de la empresa y la responsabilidad de estos últimos no sólo frente al capital y trabajo sino frente a la colectividad (138). Maximizar el rendimiento a largo plazo de la empresa, como tal, se ha convertido - en un objetivo prioritario, jerárquicamente superior al de los intereses del capital. Por otro lado están las - cuestiones relativas a la creación de un sistema de publicidad sobre la situación jurídica y financiera de la empresa y un mecanismo de control sobre la dirección de la sociedad. Alrededor de este tema se examina la cuestión de una posible desnaturalización institucional de la sociedad anónima como instituto jurídico privado. En este sentido hay que mencionar, además del supuesto arri-

ba indicado (138 bis), la propuesta del proyecto italiano de reforma de introducir e institucionacionalizar en el seno de la sociedad anónima un poder público así como la creación de acciones de ahorro, orientación - que no ha sido seguida en la reciente reforma del Derecho de Sociedades en Francia y Alemania (139).

En este mismo orden de ideas hay que mencionar también, como supuesto que no encaja dentro de la disciplina de la sociedad anónima, el fenómeno de los grupos de sociedades. La sumisión de empresas sociales, jurídicamente autónomas, bajo una dirección económica unitaria, desnatura los conceptos básicos del Derecho de Sociedades. Se trata de ver en este sector en que medida las "penetraciones" en la dirección, contabilidad, etc. de las empresas agrupadas son contradictorias con lo que sería el funcionamiento de constitución, patrimonio, órganos, responsabilidad de las sociedades miembros y que es lo que la sociedad madre atrae hacia sí de estas últimas, que es lo que permanece en ellas y la naturaleza jurídica de estas relaciones. El tema de la unidad y autonomía de los miembros del grupo y de desnaturalización de los conceptos jurídicos-societarios en los grupos de sociedades no ha sido abordado en el movimiento de reforma del Derecho de Sociedades. Sólo en derecho alemán se ha regulado el proceso de desnaturalización a que

estamos refiriéndonos, con especial referencia al tema de la tipificación del grupo-como supuesto distinto al del modelo legal de sociedades anónimas (140). Asi como al problema de adecuación de los instrumentos de de fensa de la sociedad controlada y de los socios.

En los demás ordenamientos, o bien el fenómeno de las relaciones entre sociedad madre y filial carece de es pecialidades normativas (141) o bien se contempla en - el marco de la sociedad anónima. Tal es por ejemplo el caso del nuevo derecho francés, cuyos artículos 354 y 355 se refieren expresamente a este supuesto (142), del derecho inglés, en diversos preceptos de la ley de 1948 y de la Companies Act de 1968 (143) y la disciplina con tenida en los artículos 2359 y 2360 del Codici civils - (144).

Los dos temas centrales -la responsabilidad de la empre sa dominante frente a la sociedad dependiente y a los - terceros (temario que comprende el régimen de protección de los accionistas externos y de los acreedores) y el - problema de la contabilidad del grupo -expresan clara- mente la necesidad de dictar normas especialmente apli- cables a estos supuestos. En este sentido no hay duda - sobre la insuficiencia de la disciplina de la sociedad anónima para abordar toda esta problemática (145).

Junto al supuesto de utilización de la sociedad anónima para grandes empresas económicas y en particular para el fenómeno de agrupación entre sociedades hay que mencionar el supuesto en que los particulares se sirven o de esta sociedad cuando se trata de un número pequeño de personas, unidas por lo general por lazos de carácter familiar. La aplicación en estos casos de la sociedad anónima plantea en primer término del problema de la eficacia de la distribución de los derechos, deberes, y recursos que la ley previene entre administradores, mayorías y minorías y, de un modo genérico, el problema de funcionamiento de un mecanismo legal previsto para una situación diversa.

En el caso de sociedades familiares esta cuestión resulta justificada toda vez que los intereses típicos de estas figuras no responden en gran medida a los principios reguladores de la sociedad anónima. Los socios fundadores, tienden por lo general a mantener la existencia de la empresa social y a evitar que esta pueda disolverse, cosa que puede suceder siempre que lo pidan los accionistas que representen la parte de capital social prevista en la ley. Con técnicas diversas se persigue por otro lado la no adquisición de la condición de socio por terceros extraños al grupo familiar. Asimismo se adoptan especiales cautelas para evitar la atomización de las cuo-

tas sociales y para garantizar una gestión acorde a los intereses de la familia. Todo ello supone como puede verse una profunda modificación de los rasgos típicos de la sociedad anónima (146).

A la problemática anterior hay que añadir los temas específicos del derecho familiar, patrimonial y del derecho hereditario, cuya incidencia sobre la vida de la sociedad plantea dificultades de otro carácter. En particular se mencionan, como problemas característicos de estas sociedades, junto a los ya indicados, la posibilidad de un reparto encubierto de beneficios -con la consecuencia de una progresiva descapitalización de la sociedad- y la atribución a los administradores de retribuciones elevadas. Todo este temario -que aquí se examina desde el punto de vista de la educación de la forma social al tipo -viene estrechamente ligado a modificaciones de estructura interna- hipótesis de sociedades capitalistas organizadas sobre una base personalista-, cuestión que se examina más abajo.

Las causas que determinan la constitución, en estos casos, de sociedades de capitales en lugar de sociedades de personas -las cuales responden mejor en principio a las peculiaridades de este supuesto- hay que buscarlas básicamente en la tendencia de la vida económica moder-

na hacia a la anonimidad y la seguridad. El empresario individual, que constituye con los miembros de su familia, una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, no sólo no está en condiciones de captar el proceso económico general sino que, en principio, tampoco puede hacerse cargo de la compleja situación económica de la esfera dentro de la cual tiene lugar su actividad. La personalidad y el espíritu emprendedores han dejado de tener el significado de otros tiempos (147). La automatización, racionalización, y especialización del proceso del desarrollo económico han recortado en gran medida, la libertad del empresario de tomar sus decisiones sólo por razones de oportunidad o de intuición, disminuyendo de esta forma la esfera de su responsabilidad personal. Esta dependencia creciente de la pequeña empresa respecto del moderno aparato económico explica la tendencia hacia la responsabilidad limitada y hacia la objetivación de la actividad empresarial. El proceso, cuyo campo de aplicación es sobre todo, la sociedad de responsabilidad limitada, por la mayor flexibilidad de su disciplina legal (148), no se limita a formas asociativas de carácter familiar sino que alcanza a la persona misma del empresario individual. Aquí se suscita la cuestión de la sociedad de un sólo socio, que en su formulación más simple no es más que un expediente para introducir, a través del recurso a la autonomía patrimonial de la per

sona jurídica, la empresa individual de responsabilidad limitada. No es este el lugar para abordar la compleja problemática de este supuesto (149) por lo que vamos a limitarnos a una referencia esquemática desde el punto de vista de su adaptación a la estructura legal de la - sociedad anónima.

Las cuestiones son básicamente tres: saber si estamos - en presencia de un supuesto societario, ver en que medida resulta modificada la disciplina legal de la sociedad anónima y problemas de licitud que este fenómeno plantea. La primera cuestión se ha examinado en nuestro derecho a través de la distinción entre exigencia de una pluralidad de socio en el momento de la constitución y posibilidad de que posteriormente la sociedad se reduzca a un solo - socio. En este último caso la sociedad subsiste siempre - que pueda reconstruirse la pluralidad de socios. Así la - Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas al justificar la no inclusión de este hecho entre las causas de disolución previstas en el artº 150 C. Com. Es dudoso en efecto que el fenómeno de la sociedad de un sólo socio encaje en el concepto legislativo de sociedad. Parece seguro, sin embargo que la correlación entre complejidad - jurídico-formal de la figura y sustrato real al que sirve se encuentra deformada. Los órganos sociales, previstos - para un número elevado de socios, no tienen aquí razón de

ser. Lo mismo cabe decir respecto de las precauciones contables y financieras establecidas en la ley. Esta discrepancia se pone de manifiesto sobre todo en relación con los preceptos de la sociedad anónima que presuponen la existencia de una pluralidad de socios (así en nuestro derecho los artº. 48 -70, 71, 73, 75, 80, 83 84 y ss., 100 y ss., etc.). Esto no basta sin embargo para afirmar que la sociedad de un sólo socio no es más que una simple manipulación de la personalidad jurídica con el fin de cometer abusos y atentar por vía de la simulación contra el principio de la buena fé (150). Por razones de equidad y también político-jurídicas parece que el problema debería plantearse en otros términos. - Por un lado no es realista querer ignorar un fenómeno - del tráfico diario, cuya importancia se ha visto notablemente ampliada con la aparición de grupos de sociedades, en los que la sociedad madre posee la totalidad de las acciones de la filial. Para un entendimiento actualizado de este problema habría que empezar por distinguir dentro de este temario entre cuestiones de tipología y problemas de régimen. En el primer aspecto, dado que la reunión de todas las acciones en una sola mano no se ajusta al modelo legal de sociedades de capitales, el tema se limita en determinar si conviene ó no en crear un tipo nuevo a través del cual se atienda adecuadamente - los intereses en juego. Que se atribuya personalidad ju+

rídica a una masa patrimonial privada y se someta su actuación a un régimen semejante al de la sociedad anónima o que se cree una empresa individual con responsabilidad limitada como categoría autónoma constituye en definitiva un problema que sólo puede resolverse a nivel legislativo. El derecho comparado ha optado hasta ahora por la última solución, en términos, que diría, no presentan ninguna duda (151). En principio parece preferible sin embargo resolver este problema a través de la creación de un tipo específico de sociedad de un solo socio. Las razones hay que buscarlas por un lado en la deformación de los rasgos característicos de sociedad anónima y por otro en las actuales directrices dogmáticas, a raíz de la revisión del principio de la responsabilidad limitada, al que nos referimos más abajo (152)

Problema distinto es el del régimen jurídico de estas figuras, sobre todo cuando revisten la forma de sociedad anónima. Aquí se plantea la cuestión de hasta que punto resulta aplicable la ley y subsiste la separación patrimonial entre el socio único y la sociedad. Como línea directriz hay que entender válida en principio la exigencia de que no se cree apariencia de responsabilidad personal ilimitada, ni de dar lugar a situaciones de abuso de la personalidad jurídica (153) so pena de quedar sometido a sanciones particularmente rigurosas.

En este último caso es unánime la tendencia de considerar idénticas la personalidad de los socios y de la sociedad y someter a los primeros a un régimen de responsabilidad ilimitada. En estos términos la doctrina alemana y el derecho italiano (154).

Las consideraciones que anteceden sobre desviaciones - respecto de la función considerada como típica, son aplicables por igual a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada. En esta última presentan especial interés, desde un punto de vista no sólo teórico sino práctico, los problemas de aplicación de la sociedad a finés no previstos por el legislador y - en particular a fines de carácter no mercantil. Diveramentea lo que sucede en la hipótesis anterior, en la que la forma social se utiliza para tipos empíricos o reales que difieren del tipo legal, aquí, por el contrario, el tipo legal viene efectivamente usado pero destinado a fines que si bien no han sido formalmente excluidos por el legislador -dada la indiferenciación del objeto- no responden a la organización estructural de la sociedad.

II. Problemas de estructura interna

Las cuestiones que en la práctica suscitan mayor interés y a las que la doctrina ha prestado especial atención son las relativas a los problemas de estructura interna. Los primeros signos de una profunda modificación de los esquemas legales de sociedad aparecieron a raíz de la implantación de una economía de guerra, inmediatamente después de la contienda de 1914-1918. Este proceso se orientó al principio en una dirección restringida: modificación de los tipos estructurales básicos bajo la influencia de intereses públicos y en conexión con elementos de carácter jurídico-público. En seguida puede verse que el fenómeno no solo obedecía a circunstancias coyunturales, propias de la postguerra, sino a toda una nueva concepción del papel que las sociedades del catálogo legal estaban llamadas a desempeñar en el tráfico económico (155). Entre 1920-1930 tiene lugar un rápido desarrollo de fenómeno de modificación estructural del Derecho de Sociedades, en sentido amplio. Esta tendencia se manifiesta básicamente en sacar el máximo provecho del principio de la autonomía privada para la consecución de fines diversos, en los que destacaban sobre todo consideraciones de carácter fiscal, y se orienta tanto a la formación de contratos unidos - ("Grundtypenvermischung") cuanto a una nueva configuración de los singulares elementos organizativos, conforma

dos diversamente a lo previsto en el modelo legal y dotados de funciones nuevas. Esta transformación de sentido de los singulares elementos estructurales lleva consigo por lo general, una modificación tal de la organización societaria que el modelo legal termina siendo totalmente excluido (156).

1. Sociedades personalistas organizadas corporativamente.

a). Indicaciones generales

El tema de la configuración corporativa de las sociedades de personas exige, por razones metodológicas, algunas consideraciones preliminares sobre las causas que llevan a los particulares a conformar la relación societaria según los esquemas organizativos de las sociedades de capitales. Alrededor de este problema se suscitan básicamente dos cuestiones: ventajas que ofrece la inserción de elementos capitalísticos en una sociedad de personas y razones por las cuales estas figuran operan en el tráfico bajo la forma de sociedad personalista y no de sociedad anónima.

Anticipando ideas que van a ser objeto de estudio más adelante, hay que señalar que la constitución de una sociedad colectiva o comanditaria con elementos estructurales

de carácter corporativo obedece primordialmente a la necesidad de conservar la empresa social y asegurar su aptitud funcional. Para un entendimiento correcto de este temario, hay que ver, por vía de síntesis, como juega en este sector el principio del intuito personas de la relación jurídico-societaria.

El ligamen a las personas de los socios tiene por consecuencia que la existencia jurídica de la sociedad depende esencialmente de las vicisitudes que se produzcan en la esfera personal o patrimonial de aquellos. Con una técnica, en los sustancial idéntica en los diversos ordenamientos, el legislador considera como causas de disolución la muerte o quiebra de cualquiera de los socios ilimitadamente responsables y la denuncia del contrato social por alguno de los socios. El principio en que se inspira esta normativa tiene en cuenta tanto los intereses de los socios como de los terceros: respectos de los primeros presupone que el mantenimiento de los lazos sociales depende de la subsistencia de los requisitos personales y patrimoniales concurrentes en el momento de la celebración del contrato; en cuanto a los terceros la razón está en que la tutela de sus intereses se actúa por medio del acceso directo a las personas de los socios. Desde el momento en que estas circunstancias personales se alteran o desaparecen, se presume que los lazos con-

tractuales de socio se rompen y es preciso un nuevo con sentimiento para que subsista la sociedad. En este orden de ideas se orienta asimismo la disciplina sobre modifi- cabilidad del contrato social. La entrada de nuevos so- cios o la salida de alguno de los ya existentes no casa con el caracter personalista de la entidad. De ahí que - los derechos que integran la posición jurídica de socio resulten en principio intrasmisibles (157). Todo esto es doctrina general y de momento no necesita ser examinada con más detalle. Sobre los aspectos críticos de esta disciplina nos ocuparemos en el capítulo III.

La construcción que acaba de señalarse pone en peligro - la existencia jurídica de la empresa y la estabilidad de su base patrimonial. El problema llega a plantearse, in- cluso, en sociedades configuradas, según el modelo legal como comunidades de trabajo y responsabilidad, con un reducido número de socios unidos entre sí por lazos de re- cípoca confianza y reviste especial gravedad en las so- ciedades -por otra parte frecuentes en el tráfico- con - un elevado número de socios, en las que la probabilidad de que se presenten causas legales de disolución es obviamente mayor. Tanto en un supuesto como en otro la disolución repercute desfavorablemente sobre la existencia económica de la empresa social. El proceso liquidatorio destruye la unidad organizativa de la empresa, ocasionando con ello una pérdida de valor de sus elementos patrimonia

les. El problema no desaparece en aquellos casos en que los intervinientes, haciendo uso de las previsiones legales, transforman las causas de disolución en causas de exclusión e impiden con ello la extinción de la sociedad. La continuación de la sociedad entre los socios que permanecen en ella puede resultar imposible cuando la práctica de una liquidación de salida dañe de tal forma la base patrimonial de la empresa que su funcionamiento ulterior resulte imposible.

Para hacer frente a este peligro, el legislador establece que la valoración de los elementos patrimoniales se lleve a cabo teniendo en cuenta la continuidad de la empresa, a través de un balance especial (balance de situación patrimonial). En la práctica el deber de liquidar puede hacer imposible la subsistencia de la empresa cuando los socios salientes sean varios y las cuotas que les corresponden reduzcan sustancialmente el patrimonio de la sociedad.

La regulación legal no atiende pues, satisfactoriamente, los intereses implicados en la conservación de la empresa. El problema es aún más grave cuando se trata de asegurar la aptitud funcional de la sociedad. La cuestión se plantea sobre todo en las sociedades con un número elevado de socios. En estos casos la disciplina legal plantea

dificultades en orden a la organización de las relaciones jurídicas internas de carácter administrativo, especialmente en lo referente a gestión social. La concepción legislativa de que todos los socios colectivos están investidos de la condición de titulares de la actividad gestora puede paralizar el ejercicio de esta función en aquellos supuestos, en que los socios no se acojan a la posibilidad, contemplada en algunos ordenamientos, de atribuir a determinados socios la competencia gestora. Lo mismo cabe decir en relación con el régimen de acuerdos sociales, construido sobre el principio general de la unanimidad y los votos por cabeza; respecto de los derechos de información, control y oposición, cuyo ejercicio, en los términos que previene la ley, obstacularizaría gravemente el funcionamiento de la sociedad.

La configuración del contrato social según el modelo de las sociedades capitalistas tienen por tanto a asegurar en primer término, la existencia de la sociedad y después su aptitud funcional. Esta dimensión funcional del contrato resulta necesaria no solo en los casos en que la sociedad tenga un número elevado de socios sino que constituye también un instrumento adecuado para facilitar el crecimiento de las sociedades con pocos socios. Las vías para alcanzar este fin son múltiples: eliminar a través de las

cláusulas de continuación, las causas de disolución ajenas a la voluntad de los socios y conectadas a su persona; aumentar el número de participantes a través de una simplificación de los requisitos para la entrada de nuevos socios; objetivar la posición jurídica de socio en su contenido de derechos y obligaciones, de forma que - unas y otros se independicen de su titular; desligar el ejercicio de las funciones administrativas del hecho de la condición de socio; limitar o excluir el ejercicio de los derechos singulares que se anudan a la posición de - socio, etc.

La adopción de elementos corporativos pueden servir todavía a otras finalidades. Interés especial tiene en este sentido el mantenimiento del valor patrimonial de la empresa a través de los cambios que puedan operarse en el transcurso del tiempo. Esto puede conseguirse, por una parte, organizando la sociedad personalista para un - gran número de socios y haciendo posible simultaneamente la transpersonalización de la entidad. Puede realizarse también en un sentido inverso, evitando, a través de una adecuada regulación de los supuestos de admisión de nuevos socios, que se produzca por vía sucesoria una elevación constante del número de miembros, con la subsiguiente atomización de las cuotas sociales y la multiplicación de los derechos individuales de socio. La previsión en - el contrato social de las distintas técnicas que acaban

de mencionarse se realiza por lo general de forma acumulatoria. La adopción de un elemento corporativo lleva consigo casi siempre la necesidad de incorporar nuevos elementos de este mismo carácter. En algunos casos será conveniente incluso la incorporación de varios elementos simultáneamente. Por esta razón no parece que el significado de cada una de estas modalidades deba examinarse por separado sino que hay que hacerlo teniendo a la vista su conexión funcional con las restantes cláusulas del contrato.

Hasta ahora nos hemos referido únicamente a las causas por las cuales los particulares configuran el contrato social según el modelo de las sociedades de carácter corporativo, especialmente de sociedad anónima. La cuestión de por qué los socios, que deseen acogerse a las ventajas de estas sociedades, eligen sin embargo la forma de una colectiva ó una comanditaria y modifican sustancialmente su contenido jurídico, tiene su explicación en razones de orden diverso. Una de ellas es de carácter tradicional. En sociedades de tipo familiar, sobre todo, en las que el ejercicio de la actividad empresarial está estrechamente ligado a la personalidad de su titular, es frecuente que quiera evitarse la despersonalización de la entidad, lo cual tendría lugar desde el momento en que la sociedad personalista se transformase en sociedad de capitales. La tendencia es en estos casos mantener la -

empresa familiar con sus características personales originarias y constituir para nuevas actividades, sociedades de capitales que se ligan con la empresa principal en virtud de lazos financieros o de otro tipo. Esta última expresa sin embargo la idea de que el empresario - mantiene las funciones de dirección y asume de forma de liberada una responsabilidad ilimitada, como un signo - de la continuidad de su presencia al frente de la actividad económica. (158)

Particular importancia tiene sobre todo razones de tipo fiscal y de carácter organizativo. Se trata en primer - lugar de evitar el rigor de las disposiciones de las so ciedades anónimas en lo referente a exigencias de forma y publicidad, capital mínimo, estabilidad de la cifra - de capital fijada en los estatutos, menor elasticidad en la determinación del contenido de contrato, normas sobre balances, organización y fiscalización de la administra- ción, etc., razón por la cual en los últimos tiempos pue- de advertirse una fuerte tendencia de las grandes empre- sas a transformarse de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada. Por otra parte al hecho de que los costos de constitución y las costas fiscales sean más elevados en las sociedades de capitales que en las - personalistas puede tener una importancia decisiva a la hora de elegir la forma social (159).

b) Principales modalidades en el ámbito de las relaciones jurídicas internas de carácter Administrativo.

Las modalidades de conformación por los particulares del contenido jurídico-administrativo de las relaciones socio sociedad son muy variadas. Con el fin de ordenar los supuestos de la práctica contractual se sigue el criterio de examinar a continuación el alcance de estas cláusulas desde el punto de vista de su "proximidad" con las figuras sociales de carácter corporativo. Esta sistemática permite seguir a grandes rasgos la evolución de las formas personalistas hacia los esquemas organizativos de las sociedades de capitales.

Veamos en primer término como se configura la gestión social. Aquí vamos a recoger unicamente las líneas directrices, ya que los aspectos singlares de este temario - se examinan en otro lugar.

La disciplina legislativa considera a todos los socios, por el hecho de serlo, investidos en principio de la condición de titulares de la actividad administrativa. Esta orientación se encuentra recogida en la sociedad civil y, con particularidades que en su día veremos, en la sociedad colectiva como sociedad mercantil general.

No es pues doctrinal sino legislativo el principio de que la actividad social, como actividad orientada a la promoción de fines comunes, es competencia de la totalidad de los socios, considerados éstos como una categoría unitaria.

De hecho sucede sin embargo que las actividades administrativas no se ejercitan colegial y simultaneamente por los asociados sino se crean esferas de competencias especiales -de gestión, de representación- las cuales se atribuyen a determinadas personas individualmente designadas. Este fenómeno de "desdoblamiento" de la actividad social en singulares competencias de gestión y representación (160) tiene, desde el punto de vista dogmático, una notable importancia ya que permite en primer lugar caracterizar el ejercicio de estas funciones como actividad "organica". La existencia de órganos en las sociedades de personas no casa ciertamente con un modelo de sociedad en el que todos los socios desempeñan conjuntamente las funciones sociales.

En el caso anterior parece que la figura del "órgano" - se identificaría con la totalidad de los socios. De órganos debe hablarse por tanto solo en el caso de que determinados socios aparezcan investidos de competencias sociales singulares, quedando sustraídos el ejercicio de las

mismas a los restantes socios. En esta dirección se orienta la ley cuando previene la existencia en la sociedad colectiva de socios especialmente encargados de la gestión social y, con más claridad aún, cuando en las sociedades comanditaria y de cuentas en participación reserva la competencia administrativa directa a los socios que asumen una responsabilidad personal e ilimitada. En tales casos puede hablarse, con propiedad, de órganos de gestión y de representación en las sociedades de personas. La precisión que acaba de hacerse es necesaria desde el punto de vista conceptual toda vez que - la posición del socio de una sociedad de personas que - realizan actos de gestión viene tradicionalmente calificada como orgánica (161). Ello ha de entenderse en el - sentido de que la investidura del socio como administrador proviene de la ley y del contrato social y no de un negocio de apoderamiento. El hecho de que la sociedad - venga configurada en el ámbito organizativo por medio - de órganos no constituye pues un elemento caracterizador de estas figuras.

La existencia en la sociedad de personas de órganos sociales, en los términos que acaba de indicarse, constituye un primer paso de aproximación entre las sociedades personalistas y las sociedades de capitales, Dado que - esta posibilidad está expresamente recogida en la ley, -

su previsión en el contrato social no constituye un supuesto típico de modificación del contenido legal del mismo. Tiene interés por el contrario señalar la función de las cláusulas que atribuyen a algunos socios colectivos la competencia administrativa directa.

aa). Reserva de la competencia administrativa directa a determinados socios colectivos

El supuesto de socios especialmente encargados de la gestión social constituye un primer paso, siquiera sea extremadamente tímido, para orientar la actividad administrativa hacia el modelo de las sociedades de estructura corporativa.

El fundamento de la cláusula que excluye a determinados socios ilimitadamente responsables del ejercicio de la gestión social se encuentra frecuentemente en el deseo de los socios fundadores de conservar a través de los diversos cambios generacionales la esfera de influencia existente en el momento de la constitución. A este motivo básico hay que añadir por lo general el deseo de asegurar la aptitud funcional de la sociedad a lo largo de los años. Esta previsión resulta necesaria sobre todo en aquellas empresas familiares en las que los cambios de socios por vía hereditaria pueden alterar el equilibrio

de fuerzas existente al constituirse la sociedad. En - estos casos se estipula la agrupación de los socios - por ramas familiares y la intervención de estos grupos en la actividad gestora a través de un representante - por cada rama (162). La utilidad práctica de esta clausula luce además en aquellas sociedades en las que con el paso de una generación a otra el número de socios se eleva considerablemente, sin que una parte de los nuevos socios tenga interés en intervenir activamente en la gestión social. Se podría pensar que en tales casos fuese - conveniente transformar la sociedad colectiva en comanditaria, adecuando la forma social al cuadro de intereses realmente existente. En la práctica esta medida rara vez se aplica ya que origina problemas de muy diversa naturaleza. En este tipo de sociedades personalistas la responsabilidad ilimitada de los socios constituye, como es sabido, el medio más eficaz y a veces el único para - obtener recursos financieros. La solidez del crédito de la sociedad está montada sobre el régimen de responsabilidad patrimonial (163).

La significación de este planteamiento tradicional ha - cambiado profundamente y solo con grandes reservas puede sostenerse hoy, por ejemplo, el carácter absoluto del - principio de la responsabilidad ilimitada (163 bis). De momento puede admitirse esta generalización con objeto -

de explicar el mecanismo con el que han operado tradicionalmente estas sociedades. A la vista de esta situación parece preferible, en interés de la sociedad misma simplificar el funcionamiento de la gestión sin modificar la forma social, con la que se satisfacen simultáneamente las exigencias financieras y la agilidad de la actividad administrativa.

El desplazamiento de una parte de los socios colectivos de las tareas gestoras tiene consecuencias importantes para la estructuración interna de la figura. Al carecer del poder de decisión conectado al ejercicio de las facultades administrativas y mantener su condición de socios ilimitadamente responsables, es lógico que estos últimos quieran asegurarse de que la gestión se lleva adecuadamente. Este tema plantea dos cuestiones: necesidad de ampliar los derechos de la ley concede a los socios no gestores y forma de ejercicio de tales derechos. El examen del primer aspecto ha de quedar necesariamente remitido. Baste con señalar que el contrato social puede - atribuir a los socios derechos de diversa intensidad, - desde un derecho de información reforzado, que vaya más allá de la simple información contable, a un derecho de control cuyo contenido exceda del que se establece en cada ordenamiento. Puede acordarse igualmente que estos socios dispongan de la facultad, bien de oponerse a cier-

tas operaciones sociales, bien de modificar la esfera de negocios necesitados de autorización, pudiendo llegar a exigir esta para la realización de negocios tanto de ordinaria como de extraordinaria administración (164) hasta llegar al extremo de reservarse la facultad de impartir instrucciones. Esta última posibilidad tiene interés más que en este supuesto en el que se examina bajo el epígrafe siguiente.

En cuanto a la forma de hacer valer estos derechos los partícipes pueden acordar que el ejercicio individual - de los mismos se ceda a una "comisión de socios" (Beirat) que actúa en nombre y por cuenta de la totalidad de asociados. Esta comisión opera por lo general de forma colegial y presenta una serie de problemas a los que vamos - a referirnos más abajo (165).

Hasta ahora nos hemos mantenido en el marco de las previsiones legales. La aproximación de las sociedades de personas y de capitales se intensifica a medida que los particulares incorporan al contrato social elementos estructurales que eliminan progresivamente los rasgos diferenciadores entre ambas categorías. El análisis de estas cláusulas contractuales puede orientarse en tres planos: primeramente las que tienen por finalidad la ruptura del binomio poder de dirección-responsabilidad ilimi

tada (supuestos en los que portadores de la posición - jurídica de órgano (166) y titulares directos de la actividad gestora son los socios comanditarios y los partícipes de las cuentas en participación); en segundo término las cláusulas que bajo modalidades diversas sustituyen el principio de autoorganismo por el de organismo - de terceros. Por último los supuestos de conformación corporativa de la administración societaria.

El esquema anterior presupone que ni la conformación orgánica de la gestión social ni las distintas fórmulas de asignación de la posición de portadores de la condición de órganos -a socios limitadamente responsables, a terceros no socios- bastan para que pueda hablarse en sentido estricto de configuración corporativa de las relaciones socio-sociedad. Este carácter aparece básicamente cuando, o bien los órganos de gestión y representación -únicas esferas de competencia previstas por la ley para las sociedades de personas- se conforman, estructural y funcionalmente, según el modelo de las sociedades de capitales o bien cuando, a través del contrato, los particulares crean un cuadro de competencias nuevo. En este caso se establecerá con reglas propias del derecho de sociedades corporativas quienes hayan de ser portadores de la condición de órganos.

bb). Reserva de la competencia administrativa
directa a socios limitadamente responsables

1.1. Consideraciones generales

Un paso más para aproximar las sociedades de personas a los esquemas organizativos de carácter corporativo se da cuando en el contrato social se reserva la gestión a socios que asumen solo una responsabilidad limitada por las deudas sociales. Lo mismo que en supuesto anterior el cargo de administrador viene conectado a la posición jurídica de socio pero, a diferencia de aquel, poder de dirección y responsabilidad ilimitada no constituyen un nexo inseparable, cuyo caracter de principio absoluto ha venido afirmándose tradicionalmente. Esto es lo que sucede cuando la función gestora pasa a manos de los comanditarios o de los partícipes. La existencia de esta categoría de socios, distinta de la del grupo de socios ilimitadamente responsables, expresa la concurrencia en estas sociedades de elementos personalistas y capitalistas (167): La diversa posición jurídica que en ella asume cada una de estas categorías de socios plantea en el orden dogmático, entre otras cuestiones, el problema del mantenimiento del principio de paridad de trato entre los socios (168), en el que ahora no vamos a entrar.

La justificación de este tipo de cláusulas es la misma

para ambos supuestos: se trata de sociedades en las que el socio o socios ilimitadamente responsables no están en condiciones de desempeñar la actividad administrativa o en las que por la importancia de su aportación -es te es el caso más frecuente- el comanditario o el partí cipe exigen una mayor intervención en la gestión social (169). Con notables diferencias de técnica y tratamiento, los ordenamientos que regulan esta materia, contemplan un supuesto de hecho que en lo sustancial es idéntico: comanditario y partícipe son titulares de una participación económicamente modesta, por lo que se presume que su interés a colobarar en la marcha de la sociedad es limitado. El hecho de que ahora nos ocupa es justamente el contrario: los socios a los que la ley excluye de la gestión son los que, debido al montante de su aportación, soportan de hecho el riesgo económico, mientras que a los socios ilimitadamente responsables los resultados de la gestión les afecta solo en pequeña medida.

El grado de atribución de facultades administrativas al socio comanditario depende no solo de la importancia económica de su participación en la sociedad sino de la forma en que el legislador ha configurado en cada ordenamiento su posición jurídica. En aquellos ordenamientos, como el alemán, donde la exclusión del comanditario de la ges

ción se limita a los negocios de ordinaria administración, reconociéndose a su favor un derecho de autorización de los negocios extraordinarios (164 Abs. II HGB) y donde se le atribuye expresamente un derecho de información -si bien limitado a comprobar la corrección del balance anual, salvo que exista una causa importante para ampliar el contenido de este derecho (supuesto recogido en el 166 Abs. III HGB)- es decir donde la ley permita una cierta ingerencia del comanditario en la administración social, las cláusulas contractuales previenen derechos de gestión que equiparan en las relaciones jurídicas internas ambas categorías de socios. En los ordenamientos latinos por el contrario los derechos administrativos del comanditario, a que acabamos de referirnos, tienen un contenido más estrecho ya que se limitan a un derecho de información sobre la marcha de la gestión y a un control de esta última "a posteriori". De ahí que el contrato social contenga por lo general previsiones que, más que atribuir la competencia administrativa directa, conceden derechos de inspección, control y colaboración (gestión de segundo grado). La escala de posibilidades en la práctica es muy amplia(170). El supuesto extremo es aquel en que el socio colectivo está sometido a las instrucciones del comanditario en una posición semejante a la de un dependiente. Su exclusión de la respon

sabilidad ilimitada frente a terceros viene garantizada sin embargo en una cláusula por virtud de la cual este queda liberado, en el ámbito de las relaciones internas, del riesgo empresarial. La fórmula más generalizada consiste en una indemnización establecida en su favor por el comanditario (171).

2.2. El fenómeno de las cuentas en participación en particular

En los últimos tiempos se ha hecho cada vez más frecuente en el tráfico atribuir al partícipe de las cuentas - en participación facultades de carácter administrativo. Este fenómeno, semejante en lo esencial al anterior, obedece casi siempre a la importancia económica de las participaciones no manifiestas, de forma tal que en el ámbito de las relaciones internas de carácter jurídico patrimonial se considera que el negocio pertenece en común al socio gestor y al partícipe (172). Esta participación de carácter patrimonial, se completa en la práctica por lo general, con la intervencion gestora del partícipe en el marco de una relación de servicios (173) y especialmente con la atribución a aquel de concretas facultades de índole administrativa. Dada la importancia teórica y práctica de este supuesto, conviene que nos detengamos

en él con algún detalle. Las consideraciones que se hacen a continuación son aplicables, mutatis mutandis, a la sociedad en comandita.

En el ámbito de las relaciones administrativas (174) el problema se plantea en diversos planos, según la naturaleza del derecho concedido al partícipe. Como es sabido junto a los derechos administrativos en sentido estricto, existen derechos en los que este carácter aparece de tal forma debilitado que resulta dudosa la conveniencia de seguir manteniendo tal denominación. La distinción entre ambos grupos descansa en que los primeros -dentro de los que se recogen la gestión social, adopción de acuerdos y derecho de oposición- contribuyen directa y decisivamente a la formación de la voluntad común o a la realización de esa voluntad, mientras que en los restantes derechos que llamaremos "simplemente comunitarios o derechos de socio" (175) -derechos de denuncia, información y control el proceso conformador de la voluntad social tiene lugar al margen de la esfera de ejercicio de aquellos (176). Como simples derechos comunitarios, estos últimos no otorgan a su titular una posición relevante en orden al desenvolvimiento de la actividad empresarial. Se limitan a hacer posible la intervención del socio en situaciones que, por su propia naturaleza, están apartadas de la ac-

tividad de administración. No hay más que cotejar el contenido de los derechos de control, denuncia o información de las diferentes sociedades, para darse cuenta de que su ejercicio no otorga una posición de carácter administrativo en el sentido que aquí se indica. Esta precisión se hace imprescindible, toda vez que bajo la rúbrica "relaciones administrativas" se estudian los de rechos comunitarios, sin distinción, independientemente de su naturaleza.

Pues bien, en las cuentas en participación típicas existe, desde el punto de vista estructural, una organización jerárquica de los derechos que se aglutinan en torno al concepto "relaciones administrativas". La titularidad de la actividad gestora es concedida al gestor de forma exclusiva, lo mismo que sucede en la comanditaria con los socios colectivos. De acuerdo con la ley, las facultades administrativas orientadas a la dirección efectiva de la actividad empresarial corresponden únicamente al gestor (177) El partícipe queda fuera de la esfera de influencia real sobre la empresa: En derecho español no puede oponer se a las iniciativas del gestor ni imponer a este la realización de operaciones económicas determinadas. Toda la actividad jurídica o de hecho, dirigida a la realización del fin previsto en el contrato, debe ser llevada por el gestor en su propio nombre y bajo su responsabilidad.

Al contrario de lo que sucede con el socio colectivo - excluido de la gestión, al partícipe no dispone de un de recho legal de oposición a los actos del gestor. Frente a los excesos que este último cometa en el desempeño de su función, las facultades concedidas al partícipe se li mitan al ejercicio del derecho de denuncia por ju sta cau sa (178).

Las funciones administrativas atribuidas al gestor se o rientan sobre una comunidad de intereses y riesgos. Aun que permanezca apartado de la gestión, el partícipe está interesado en el resultado de las operaciones. Por el he cho mismo de su aportación, queda vinculado al destino económico de la empresa. Ello lleva consigo que la gestión considerada como facultad exclusiva, haya de sujetarse - a ciertas limitaciones. Esta se realiza no solo en nom bre propio sino por cuenta de ambos intervinientes. De aquí se derivan dos consecuencias importantes: respecto del gestor, significa que deberá someterse a límites ob jetivos dictados por el contenido mismo de su función - (179). En cuanto al partícipe, el hecho de que en el e jercicio de la actividad de gestión entren en juego sus intereses económicos y queden afectados por los resul tados de esta, explica la necesidad de atribuirle derechos de control. Con ellos se pretende hacer efectivo el so metimiento del gestor a las limitaciones antes mencionadas

a la vez que facilitar al partícipe un conocimiento mínimo de la marcha de los negocios. Es por ello por lo que en derecho comparado la mayoría de los ordenamientos establecen en su favor derechos de información, control, derecho a la comunicación del balance, derecho de denuncia por justa causa (180). Ninguna de las facultades señaladas otorga una posición determinante de la marcha de la empresa ni a través de su ejercicio asume el partícipe un rango jurídico de administrador juntamente con el gestor. Se trata como hemos dicho de derechos comunitarios anudados a la condición de socio, no subsumibles dentro de una actividad específica de gestión y por consiguiente situados en un plano subordinado respecto de lo anterior.

Este esquema que, con ligeras variantes, se encuentra generalizado en los ordenamientos europeos, ha sido sometido por la práctica contractual a modificaciones cada vez más fuertes. Haciendo uso del principio de libertad contractual -dado el carácter dispositivo de las normas reguladoras de este sector- las partes han establecido en favor del partícipe situaciones jurídicas en las que sus derechos comunicarios se ven reforzados o en las que se atribuyen derechos administrativos en sentido estricto. La licitud de estos pactos no ofrece en principio

dificultades (181).

Cuando, como sucede en los derechos, francés, italiano y español, la ley no contiene mención expresa alguna - sobre el contenido y alcance de los derechos de información y control, el contrato puede establecer el régimen bajo el cual estos derechos pueden ser ejercitados por el partícipe. Alrededor de este punto, conviene señalar lo siguiente: El contenido de la cláusula contractual - más que versar en este caso sobre una cuestión de existencia ó inexistencia de los mismos en la esfera jurídica del partícipe, se refiere al grado o amplitud que puede revistar su ejercicio por este último. El reconocimiento de estos derechos en nuestro ordenamiento, deriva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 173 C. Comercio, de la condición misma de socio. Como socio que es, el partícipe no puede quedar al margen de las operaciones. Necesita estar informado de la marcha del negocio ya que en definitiva el resultado de este le afecta en medida análoga a la del gestor. A este resultado se llega a través de una interpretación correcta de los textos legales (182). El problema se reduce por tanto a determinar la amplitud de los derechos de información y control recogidos explícita o implícitamente en la ley y ver en que medida el contrato supone un reforzamiento

de la posición del socio (183).

Esta cuestión debe venir examinada a la luz de los distintos ordenamientos legales. En los derechos latinos, a los que vamos a limitarnos, son los propios contratantes quienes establecen las cláusulas que estimen convenientes sobre amplitud, circunstancias, momento, etc. - para ejercitar el derecho de información. En este sentido pueden señalarse periodos de tiempo más cortos que el anual para recibir del gestor noticias concretas sobre la marcha de las operaciones negociales; puede extenderse la amplitud del derecho no solo al conocimiento de los resultados obtenidos sino al desenvolvimiento de las operaciones en curso o de las realizadas durante el ejercicio económico de que se trate (184).

En derecho español, la doctrina más autorizada se inclina en favor de una aplicación analógica del artículo 150 C. comercio siempre que las cuentas en participación - tengan una cierta permanencia y no sean puramente ocasionales. La magnitud de los derechos de información y control del partícipe vendría determinada de forma semejante a la que el código de comercio establece en favor del socio comanditario (184 bis).

Desde el punto de vista que aqui interesa, estos pactos contractuales no alteran la estructura jurídica de las

Cuentas. Cualquiera que sea el grado de información o control establecido en el contrato, no por ello asume el partícipe facultades directivas dentro de la empresa ni interviene activamente en el desenvolvimiento de la misma. La naturaleza de este derecho -cuya finalidad es informarse de una actividad ajena- no confiere una posición jurídicamente relevante desde el punto de vista de la gestión. Las consecuencias se orientan en el sentido de ampliar simultáneamente las obligaciones del partícipe frente al deber de fidelidad, por poner un ejemplo, pero no modifica la naturaleza de sus derechos que siguen siendo estrictamente comunitarios.

El contrato no solo puede potenciar el contenido de los derechos derivados de la condición de socio sino atribuir al partícipe facultades que comporten una intervención más o menos intensa en la administración de la sociedades. De acuerdo con la situación de intereses en juego, la regulación contractual de la gestión puede establecer en primer término un derecho de oposición del partícipe limitado a determinadas operaciones o con un alcance general (185). Se trata de un control ejercitado "a priori" cuya finalidad es paralizar la realización de la actividad programada y que, como tal, constituye en principio una prerrogativa de los socios gestores para impedir la ejecución de actos de administración no legítima-

dos por razones de interés superior, que pueden dar lugar a perjuicios para los intereses sociales comunes. - Aunque el contrato puede prever un derecho de oposición contra todas las actividades gestoras futuras o contra un número tal que prácticamente quede excluido de la administración el socio llamado por la ley a desempeñarla, es obvio que la oposición del partícipe debe quedar reglamentada respecto de determinados actos de índole gestora. El derecho de oposición establecido en el contrato constituye entonces un medio de defensa de los intereses comunes afectados por la actividad administrativa del gestor y sólo puede venir ejercitado contra este y no contra terceros con los que el gestor mantenga relaciones. En este sentido más que un derecho contractual aparece como una garantía para el socio gestor frente a los actos realizados por los coadministradores. La exclusión del partícipe de la gestión hace que sólo a través del contrato pueda quedar legitimado para el ejercicio de esta facultad, en la que va implícita por razones - obvias poderes administrativos de los que el socio está privado en la ley. Como consecuencia de ello la posición del partícipe transita desde una esfera de derechos puramente comunitarios a otra de carácter administrativo, dando lugar con ello a una modificación en la estructura típica de la figura.

Con frecuencia el contrato no sólo se limita a conceder al partícipe derechos de oposición sino facultades directamente encaminadas a intervenir o compartir las tareas de dirección de la empresa, en el campo de las relaciones jurídicas internas. A esta finalidad sirven las cláusulas en las que se preveen supuestos tales como que el gestor debe llevar a cabo su actividad, siguiendo las instrucciones del partícipe o bien que sólo pueda celebrar determinados negocios en comunidad con el partícipe o que este en las relaciones internas está equiparando al socio gestor, con las mismas facultades que la ley concede al socio ilimitadamente responsables de la sociedad comanditaria. El caso extremo es aquel en que el partícipe se convierte en dueño único de la empresa quedando el gestor totalmente excluido de la administración sin otra función que la de llevar a su nombre y bajo su responsabilidad las operaciones realizadas por el socio oculto (186).

Tanto en el supuesto de las cuentas en participación que acaba de examinarse como en el relativo a la sociedad comanditaria el contrato social introduce modificaciones importantes en el contenido legal de estas figuras. Se habla de organización corporativa cuando junto a estos cambios de estructura el contrato prevee además, la agrupación de los socios en órganos a través de los cuales -

se expresa la voluntad social y de cuyo cometido forma parte la designación y la revocación de los socios comanditarios o de los partícipes que hayan de desempeñar actividades de carácter administrativo.

cc). Atribución de la competencia administrativa directa a terceros no socios.

En los apartados anteriores nos hemos referido a modalidades contractuales cuya finalidad es modificar el estatuto legal sin despojar al socio de la titularidad de los derechos jurídico-administrativos. El nexo entre condición de socio y administrador se mantiene en las dos variantes examinadas aunque en el segundo caso se rompa el principio que anuda al poder de dirección la responsabilidad limitada conectada a la función empresarial (187). El supuesto que ahora vamos a estudiar introduce una novedad importante al sustituir uno de los rasgos típicos de las sociedades personalistas -el llamado autoorganismo- por el organismos de terceros, que caracteriza tradicionalmente las sociedades de capitales (188).

La exclusión de los socios colectivos o comanditarios de la actividad administrativa, para confiar esta función a terceros extraños a la sociedad, se lleva a cabo

en la práctica bajo fórmulas contractuales, cuyo alcance y significado difieren notablemente entre si. La primera hipótesis de participación de no socios a la realización del fin social, es la de representación común de varios socios por un tercero en base a una "cláusula de representación" (189). Bajo este supuesto se recojen una pluralidad de situaciones jurídicas que a pesar de su semejanza no pueden ser objeto de un tratamiento unitario. El ejemplo típico es aquel en que a la muerte de un socio, la sociedad continúa con los herederos del causante. Según la doctrina dominante estos devienen socios directamente, asumiendo los derechos correspondientes a la posición de socio y convirtiéndose en titulares de la parte que resulta de dividir la participación, objeto de transmisión entre todos ellos (190). En este caso ofrece interés sobre toda la cláusula por virtud de la cual los herederos asumen la obligación de hacerse representar por un tercero para el ejercicio de los derechos de carácter administrativo (191). La finalidad de este acuerdo es básicamente recomponer la unidad de la participación social del causante, dividida en tantas "partes" como herederos uniendo ramos familiares creadas a lo largo de sucesivos cambios generacionales y neutralizando, a través de una persona competente, la influencia que partícipes no interesados en la sociedad pueden tener sobre la marcha de -

esta. La amplitud de las facultades del representante se determina en el contrato. En todo caso se interpone entre los socios representados—que se agrupan entre si unidos por lazos de carácter societario— y la sociedad principal el representante, cuya función básica es hacer valer frente a esta última las decisiones de los socios. Esta construcción plantea problemas de gran complejidad en su detalle no podemos entrar en este momento (192).

Un supuesto particular en el marco de las cuestiones que aquí se examinan, lo constituyen el apoderamiento del e-jecutor testamentario para hacerse cargo de la participación social en nombre y por cuenta de los herederos. En principio, éstos conservan la titularidad inmediata de los derechos y obligaciones conectados a la actividad administrativa. El contrato puede sin embargo configurar la posición del ejecutor testamentario con un carácter fiduciario en virtud del cual queda facultado para exigir de los herederos la cesión de los derechos de socio que les corresponden. Al revés que en el caso anterior, el eercicio de estos derechos se realiza a nombre del ejecutor testamentario y bajo su responsabilidad. Aquí entran en juego problemas de carácter sucesorio unidos a cuestiones de derecho de sociedades, cuyo examen excede de la finalidad introductoria de este capítulo (193). De todas formas es preciso señalar que en cualquiera de los supues

tos que acaban de indicarse el ejercicio de los derechos de socio por un representante común o por el ejecutor - testamentario, tanto si este último tiene la condición - de fiduciario como si no la tiene, no lleva consigo la - exclusión, de la esfera del titular de la participación societaria, de ninguna de las facultades que la ley anu- da al status jurídico de socio. Salvo en situaciones exte- tremas (194) la intervención del tercero no provoca en es- tos casos la ruptura del principio de autoorganismo.

Un paso más para introducir las reglas del organismo de terceros, se dá cuando el contrato previene un "desdoblamiento" en la titularidad de los derechos que correspon- den al socio en su condición de tal. Sin dejar de serlo, el socio legitima a un tercero para el ejercicio de los derechos de carácter administrativos que la ley le conce- de. El supuesto más frecuente es el de la transmisión del derecho de voto en las sociedades de personas (195). El contrato social puede establecer que a determinados socios generalmente comanditarios, se les prive de las facultades administrativas, las cuales se transmiten a un represen- tante común o a una comisión restringida de socios (196). La función específica de este gremio, es ejercitar (en - lugar de los socios excluidos en el contrato) el derecho objeto de cesión, lo cual puede llevarse a cabo a través de técnicas diversas (197). Para facilitar la posición -

gestora del cesionario, el contrato suele contener en su favor atribuciones especiales, tales como la facultad de autorizar la realización de ciertos negocios, el derecho a impartir instrucciones, facultades de arbitraje en caso de conflictos de intereses entre los demás socios, etc. (198).

Este fenómeno de "desdoblamiento" de la posición de socio está muy extendida en la práctica. Así en los casos de - donación de participaciones sociales, cuando el donante quiere conservar una cierta influencia sobre la marcha de la sociedad (199) o más claramente aún en los supuestos de prenda de las participaciones, asociación de un tercero en la posición de socio subparticipación ó cesiones de ca racter fiduciario).

El ejercicio de los derechos de socio por un tercero, reviste diversos grados de intensidad: ejercicio en virtud de un poder de representación que no desplaza de la titu laridad del socio ninguna de sus facultades ni afecta a la esfera de su actuación dentro de la sociedad y que en cualquier momento puede ser revocado; supuestos de cesión legitimadora caracterizados -como acaba de verse- por el apoderamiento para ejercitar en nombre propio el derecho de voto, apoderamiento al que acompaña la cesión de la - legitimación (200); el mismo caso, con una cláusula de -

irrevocabilidad del apoderamiento o de revocabilidad bajo presupuestos particularmente rigurosos. Alrededor de este tema se plantean diversas cuestiones de carácter - dogmático referentes sobre todo a las facultades del titular de la participación después de la cesión legitimadora irrevocable, en virtud de la cual el cesionario actúa en nombre propio, no sometido a las instrucciones del socio cedente y a veces con vistas a la satisfacción de sus propios intereses, así como las cuestiones relativas a - las relaciones del cesionario con los restantes socios - (201).

El supuesto que aquí interesa es sobre todo aquel en que la atribución a personas extrañas a la sociedad de la - competencia administrativa directa lleva consigo la aplicación a las sociedades de personas del principio de organismos de terceros (202). En este caso la adquisición - por el tercero de las facultades administrativas se realiza por vía originaria y no, como en la hipótesis anterior, derivativa. Su posición jurídica se configura con un carácter autónomo, el ejercicio de la función gestora se lleva a cabo independientemente y sólo puede serle sustraída esta competencia administrativa cuando concurren - circunstancias particularmente graves (203). No puede hablarse aquí por consiguiente de una simple restricción - al principio según el cual, en la sociedades personalis-

tas el ejercicio de los derechos y obligaciones de carácter administrativo es personal e intransmisibile. Se trata más bien de una derogación de este principio toda vez que los socios quedan totalmente excluidos de la actividad administrativa y sometidos por su propia voluntad a la dirección de una personas extraña a la sociedad.

La primera cuestión es determinar la función económica de esta cláusula. En la práctica constituye un instrumento para satisfacción de numerosas necesidades del tráfico societario, a pesar de las dudas que a este respecto hayan podido formularse (204). En primer lugar ofrece interés como fórmula de transición en aquellas empresas familiares en las que no existen en número suficiente socios aptos para desempeñar la función gestora o en las que se desea prevenir una situación de esta naturaleza. Esto último tiene lugar cuando en una sociedad comanditaria existe un único socio colectivo cuyos herederos carecen de la edad o de la experiencia necesaria para asumir la gestión de la sociedad o no tienen interés en el desempeño de esta función. Esta hipótesis pone a las personas sin vocación de futuros administradores ante la opción de renunciar a adquirir la posición jurídica de socios colectivos o aceptar este status con la intención deliberada de encomendar a terceros más capacitados el ejercicio de la actividad administrativa. En la práctica puede suceder -

sin embargo que a los herederos del socio colectivo no se les permita retirarse a una posición de comanditarios. En el ejemplo que aquí hemos elegido, el deseo de hacerse comanditario llevaría consigo por un lado la desaparición de los únicos socios facultados para representar a la sociedad y por otro podría provocar la opisición - de los restantes comanditarios. Como consecuencia de ello el principio de libertad de elección en favor del futuro socio, consagrado expresamente en algunos ordenamientos (205) no puede aplicarse en estos casos. La única solución que permite atender simultaneamente los intereses individuales del socio y las exigencias de la sociedad es la atribución de la función gestora, a extraños. (206). - Sobre este punto volveremos más adelante desde una perspectiva crítica.

Uno de los supuestos de aplicación del principio de organismo de terceros en las sociedades de personas, es la - llamada "sociedad doble" (doppelgesellgesellschaft) cuya importancia en el tráfico actual ha crecido notablemente. El esquema es simple: Se trata en síntesis de una sociedad -colectiva o comanditaria- llamada básica o fundamental a la que se incorpora una segunda sociedad, por lo - general de responsabilidad limitada, cuya actividad se - orienta prevalentemente a promover la realización del - fin social de aquella. El cometido de esta sociedad, de-

nombrada sociedad órgano, es ejercitar en nombre propio y por cuenta de los socios, funciones de gestión y de representación; los restantes derechos y obligaciones se determinan en el contrato correspondiente (207). La "sociedad doble" se utiliza en el sector del derecho de carteles, como un instrumento al servicio de los miembros - del gremio para hacer valer a través de la sociedad-órgano sus derechos frente a terceros (208). La figura de la sociedad-órgano, con las características que venimos señalando, aparece asimismo en el nuevo derecho de grupos de sociedades (209).

Particular interés en este marco de problemas presenta - el supuesto en que el ejercicio de la actividad administrativa se confía a una persona jurídica, por lo general una sociedad de responsabilidad limitada, como socio único personal e ilimitadamente responsable (210). A él nos hemos referido ya más arriba (211). Baste con señalar ahora que las modalidades bajo las que este fenómeno se manifiesta son, bien la constitución de una comanditaria - con dos socios colectivos, de los cuales uno es una persona física, que al cabo de cierto tiempo se repliega a la posición de comanditario; bien la constitución entre los socios de una sociedad de responsabilidad limitada y esta última de una sociedad en comandita. En este segundo

supuesto la gestión se confiere a la sociedad como perso
na jurídica y sus socios participan en la sociedad en -
comandita en calidad de comanditarios, quedando exclu-
dos por lo general de las actividades de gestión y repre-
sentación. Tanto se adpte una fórmula u otra estamos en -
presencia de sociedades con escaso capital cuyo objeto -
social consiste en hacerse cargo de una o más sociedades.
Cuando las tareas gestoras vengán acompañadas de una par
ticipación financiera, esta construcción opera como un -
instrumento de concentración de empresas (212).

Las razones que determinan la creación de esta fórmula -
han sido en sus orígenes fundamentalmente fiscales: evi-
tar la doble imposición gracias al recurso de entregar a
los comanditarios, socios a su vez de la limitada, el be-
neficio social repartible, percibiendo el resto la propia
sociedad en calidad de socio gestor. Por esta vía se con
segua la finalidad de exonerar a la entidad de la tribu-
tación del impuesto de sociedades. En la actualidad son
razones económicas sobre todo las que determinan su naci-
miento: mejores posibilidades de financiación a través -
de una más adecuada inversión de los beneficios obtenidos
facilitación del control de la gestión a través de terce
ros sin que la sociedad pierda por ello su carácter perso
nal; creación de un instrumento eficaz de colaboración y
concentración de empresas, dotado de una gran libertad de

configuración del contenido del contrato (213).

En el ámbito jurídico-societario la asunción por una sociedad de capitales de la posición de socio colectivo - permite, según algunos autores, resolver los problemas que el legislador pone cuando exige que las funciones - de gestión y sobre todo de representación se lleven a - cabo por órganos natos de la sociedad y no por extraños (214). Interés particular tiene en este sentido el supuesto en que la sociedad de responsabilidad limitada asume la posición "de administrador de reserva". Se trata de - asegurar por este medio la continuidad del poder de dirección ejercitado por un socio colectivo de una comanditaria para después de su muerte. El "modus operandi" es el siguiente: la sociedad de responsabilidad limitada interviene en un primer momento como socio comanditario. El contrato social prevee que a la muerte del socio gestor aquella acupe su lugar, como administrador único de la empresa - familiar. Dado que la designación del administrador de la sociedad limitada, que es quien de hecho va a asumir la - dirección de la comanditaria, tiene lugar según las reglas de las sociedades corporativas, se hace posible una vez - mas la introducción en las sociedades de personas de organismos de terceros (215).

dd). Las relaciones jurídicas internas de carácter corporativo.

En los epígrafes anteriores hemos axaminado la evolución de la práctica contractual desde el ángulo de la titularidad en el ejercicio de las actividades de gestión y representación. El presente apartado se ocupa básicamente de los problemas de tipo organizativo, más concretamente de la estructuración interna de la competencia administrativa. El tema central es la configuración de estas actividades según el modelo de las sociedades de capitales.

Como luce del título de este apartado, no vamos a limitarnos aquí al estudio de la actividad administrativa - en sentido extricto; también están comprendidos en este supuesto los derechos de control (gestión impropia ó de segundo grado) y el régimen de acuerdos sociales. Desde el punto de vista de su contenido, este temario es más - amplio que el examinado hasta ahora, centrado básicamente en los aspectos relativos a la titularidad de la gestión social.

Por razones de claridad expositiva parece conveniente - referirse en primer término a la caracterización de los órganos previstos en el contrato social, de acuerdo con el criterio de sus respectivas competencias: gestión y representación, formación de la voluntad social, control de la actividad administrativa, competencias especiales.

En segundo lugar nos ocuparemos de su funcionamiento, - con particular referencia al tema de la adopción de acuerdos. La justificación de esta sistemática se encuentra en la conformación corporativa de las relaciones jurídico-administrativas: la actividad de los distintos órganos que lleva a cabo sobre esquemas organizativos, en lo sustancial idénticos, lo cual hace aplicable a todos ellos las consideraciones sobre régimen de acuerdos sociales.

Las causas que llevan a la configuración del contenido - administrativo de las relaciones socio-sociedad según el modelo de una sociedad de capitales son las mismas que - hemos venido señalando hasta ahora, y en particular la - necesidad genérica de atender las exigencias organizativas de las sociedades de personas respecto de las cuales la - regulación legal es insuficiente. La existencia de sociedades de personas estructuradas de forma corporativa da lugar a una problemática específica, cuyos aspectos tipológicos y de régimen jurídico han sido objeto de una reciente revisión crítica en la doctrina (216).

1.1. Caracterización de esta actividad

El supuesto más frecuente de configuración corporativa del órgano de gestión y representación es la creación en las

las sociedades de personas de un Consejo de Administración con características estructurales y funcionales análogas a las del órgano de este mismo nombre de la sociedad anónima (217). La peculiaridad de la inserción de esta figura en las sociedades de personas, estriba en que la función gestora y representativa se asigna directamente al órgano, abstractamente determinado, y no, como hasta ahora, a personas singulares, reunan éstas ó no la condición jurídica de socios. Consiguientemente el ejercicio de la actividad administrativa se "institucionaliza" y con ello se producen efectos importantes sobre la estructura organizativa de la sociedad misma. Por un lado se introduce un mecanismo de designación de los ocupantes del cargo de administrador, paralelo al previsto en el derecho de sociedades anónimas, lo cual, desde el punto de vista de la configuración tipológica, facilita el juego técnico del principio de organismo de terceros en las sociedades de personas (218). Por otra parte, la institucionalización del órgano gestor, en los términos que acaba de indicarse, significa por lo general la existencia en el plano organizativo de un colegio administrativo, cuya organización y funcionamiento así como las reglas de su composición, nombramiento y terminación en el cargo y demás aspectos de este carácter (219), se fijan siguiendo el patrón de las sociedades anónimas. De las dis

tintas variantes que existen en el tráfico, la configuración institucional de la administración constituye el rasgo caracterizador, común a todas ellas (220).

El contrato puede prever asimismo la creación de un órgano semejante al de la Junta General de la sociedad anónima, a través del cual los socios contribuyen a formar la voluntad social. Las competencias de este órgano serán todas aquellas que no hayan sido expresamente asignadas a otros órganos. Aquí se plantea el tema de la posición relativa de los distintos órganos, que en el derecho de sociedades anónimas constituye ya problema. Las relaciones de la Junta General con el Consejo de Administración, desde el punto de vista de sus respectivas competencias y situación jerárquica, deberán ser reguladas con detenimiento en el contrato ya que, dadas las diferencias de regulación entre las diversas formas sociales de carácter corporativo, no cabe pensar en principio en una aplicación subsidiaria de la disciplina legal (221). En la práctica, la Junta General opera como un instrumento para la realización de funciones deliberativas y de adopción de acuerdos. Su composición reviste modalidades diversas: - fuera del supuesto límite de participación de todos los socios, lo frecuente es que formen parte de ella los socios excluidos de la gestión y representación sociales. El supuesto más importante es la llamada "asamblea de so

cios comanditarios" (222). Se trata de un órgano cuya - competencia se extiende en principio a cualquier asunto de interés social; con la ampliación contractual de las facultades legales de los comanditarios, el órgano opera de hecho como Junta General aunque los acuerdos adoptados vengan sometidos en todo caso a la aprobación de los socios colectivos (223). Por regla general todos los comanditarios están facultados para intervenir directa y personalmente en la asamblea; sin embargo es frecuente que el contrato social limite su composición a un grupo reducido de socios, lo cual significa que a los restantes se les - priva del derecho de voto, con la consiguiente repercusión sobre el principio de paridad de trato. La designación de los miembros de la asamblea se realiza en este caso por - el criterio de ramas familiares: el contrato previene que los herederos de los socios fundadores constituyan ramas o grupos familiares y que formen parte de la asamblea de socios solo los representantes de cada una de estas ramas, cuya actuación tiene lugar en nombre y por cuenta de sus representados (224).

El contrato establece igualmente las normas para la formación de la voluntad social. Esta puede determinarse en el seno de cada subgrupo familiar a través de acuerdos a adoptados en régimen de mayoría, quedando obligado el representante a ejercitar el derecho de voto en los términos -

del acuerdo. Puede establecerse también que el representante goce de un derecho de voto propio, que ejercita libremente, quedando limitada la facultad de los miembros del grupo familiar a la posibilidad de elegir el representante o bien puede excluirse totalmente el derecho de voto de los socios y designar por otras vías al socio representante (225).

La hipótesis más interesante en orden a la caracterización corporativa de las relaciones socio-sociedad es, que en la práctica, la creación de órganos de control con funciones análogas a las de los órganos de fiscalización de la sociedad anónima (226). Las cuestiones que aquí se suscitan se orienten en una doble dirección: la primera de carácter genérico, se refiere al fundamento de las cláusulas que otorgan al comanditario un derecho de control en aquellos ordenamientos que no previenen expresamente esta posibilidad o que por el contrario privan al socio del ejercicio de esta facultad legal (227); la segunda, que aquí interesa especialmente, se ocupa de la configuración de estos órganos y de las funciones que se les asignan a través del contrato. A ella vamos a referirnos a continuación.

El ejercicio de los derechos de control, que la ley reconoce a los socios no administradores de forma individual

puede ser concedido en el contrato a la totalidad de ellos agrupados en una asamblea especial, que decide en régimen de mayorías. Competencia de este órgano puede ser no solo el ejercicio de este derecho sino la titularidad del mismo, quedando los socios singulares privados totalmente de la posibilidad de control. En este caso, serán las personas que asuman la coordinación de portadores de la posición jurídica de órgano las que ejerciten directamente este derecho.

El criterio para la designación de estas personas se determina en el contrato. En caso de que se trate de terceros no socios hay que entender que, en principio, la posición de estos no es derivativa -cesión por el socio singular al tercero de un derecho a la fiscalización de la gestión, que la ley reconoce al socio en su condición de tal- sino originaria, es decir, como posición jurídica creada por la totalidad de los socios en favor del tercero, que asume con ello una función propia (228). Cuando la actividad de control se desempeña directamente por los socios, el contrato establece por lo general qué socios han de desempeñar esta función. En tal sentido son frecuentes las cláusulas de representación por grupos familiares, a las que nos hemos referido más arriba (229). En uno y otro caso, las personas designadas no pueden asumir simultáneamente funciones de administración. En cuanto a las

normas para su revocación, el contrato social debe tener en cuenta, como pauta, la relación de confianza existente entre los miembros del órgano de control y el resto de los socios así como la independencia con aquellos deben llevar a cabo su misión. Por esta razón se exige, por regla general, la mayoría cualificada cuando no la unanimidad para que la destitución tenga lugar (230).

La determinación de la naturaleza jurídica de la posición de miembro del órgano de control tiene importancia para el tratamiento del régimen interno de este órgano y de sus relaciones con los restantes órganos sociales. Se distingue a este respecto entre acto del nombramiento y contrato de prestación de servicios, en el cual se determinan los derechos y obligaciones de cada miembro y constituye una figura jurídica análoga a la del contrato de mandato (231). En todo caso parece clara la conveniencia de que el contrato regule con precisión el funcionamiento del órgano, ya que no cabe una aplicación analógica de las normas que regulan el órgano de control de la sociedad anónima (232); en particular parece necesario prever la existencia de un árbitro con el fin de resolver los eventuales contrastes de pareceres entre los socios y los miembros del órgano respecto de la actuación de este último.

Las funciones que el contrato asigna a este órgano son, junto a las típicas de control -realizadas por el propio órgano, directamente o por medio de expertos, en base al informe presentado por los administradores o a través - de la inspección de los documentos contables-, las de autorizar la celebración de determinados negocios, especificados en el contrato o determinados en el acuerdo adoptado por la asamblea de socios. El órgano no puede por - si solo elaborar o modificar el catálogo de negocios necesitados de su aprobación. Entre las facultades que el contrato suele reservar a la competencia del órgano (233) tiene particular interés las de tipo decisorio y de arbitraje. El órgano puede determinar por ejemplo cual de entre los herederos del socio ilimitadamente responsable asume la condición de gestor -lo cual constituye una decisión de carácter jurídico-societario- o desempeña funciones estrictamente arbitrales. Esta amplitud de facultades hace que la competencia del órgano de control se asemeje, aunque no se identifique, con la del órgano de esta naturaleza de la sociedad anónima, Aquí falta sobre todo una delimitación de funciones entre los distintos - órganos, semejante a la que con carácter necesario previene el derecho de sociedades anónimas.

Finalmente puede establecerse la creación de órganos con competencias especiales. Se trata de supuestos en los que

el contrato sustrae de la esfera jurídica del socio singulares facultades para otorgárselas a una asamblea o - comisión de socios, cuyos acuerdos son vinculantes para la totalidad. En este sentido se habla de órganos facultados para modificar el contrato social, para designar o revocar a los miembros de los restantes órganos sociales, para excluir o permitir el ingreso de nuevos socios, para autorizar la realización de determinadas actividades (234). La consecuencia más importante es, en estos casos la privación a los socios excluidos de la asamblea, de los derechos que forman parte integrante de la condición de socio y que son en principio personales e intransferibles. Los problemas que aquí se plantean son básicamente de licitud, por lo que el examen de esta cuestión puede quedar remitida. En la práctica, las cláusulas en las - que se atribuyen estas competencias a órganos especiales, suelen prever la posibilidad de que la actividad orgánica venga desempeñada por terceros no socios, lo cual amplía el ámbito del problema.

2.2. Acuerdos sociales

El acuerdo, como instrumento de conformación de la voluntad social, constituye un instituto típico de las figuras asociativas. Su existencia proviene de la necesidad de -

refundir en un acto jurídico unitario (235), directamente imputable a la colectividad de socios, las voluntades singulares expresadas a través del voto (236). La conformación de las sociedades de personas según el modelo de las sociedades corporativas presenta en materia de acuerdos y votos los siguientes rasgos de interés: en primer término, la constitución del acuerdo tiene lugar mediante el voto emitido por un número reducido de personas -los titulares de las posiciones orgánicas- y no por la totalidad de socios. La ejecución del acuerdo se realiza además por personas distintas de las que concurren en su formación, lo cual abre la posibilidad en este sector de dos categorías diversas de asociados (237). En segundo lugar, y desde el punto de vista del proceso para la adopción de acuerdos, se establecen determinadas modalidades -reunión, forma de emisión de votos, cómputo de los mismos, etc.- exigidos por la dinámica misma del funcionamiento del órgano. Por último el contrato social prevee para estos casos la conformación del acuerdo bajo régimen de mayorías, aspecto al que por su importancia y práctica vamos a referirnos a continuación.

Como es sabido, la disciplina de la sociedades personalistas parte del principio general de acuerdos unánimes y -votos por cabeza. En nuestro ordenamiento esta regla aparece expresamente recogida en algunos preceptos del Código

de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil -artículo 138 C. comercio, para las modificaciones del contrato social, artículo 143 C. comercio para el cambio de socios, art. 132 y 133 RRM para los supuestos de transformación y fusión respectivamente- y en ellas se inspira asimismo la disciplina legal de la gestión social. - La vigencia del principio de unanimidad en las sociedades de personas deriva en términos generales del carácter de estas figuras y de las normas de derecho de obligaciones (238). La sustitución de este principio por el de mayorías tiene importancia, como vamos a ver enseguida para la caracterización de las relaciones jurídico-societarias.

Las modalidades contractuales versan por lo general sobre la determinación de las materias objeto del acuerdo adoptado bajo régimen de mayorías y sobre todo la forma de realizar el cómputo de estas. Respecto de la primera cuestión hay que mencionar las cláusulas en las que se previene el régimen de adopción de acuerdos sobre cuestiones -relativas a la gestión social. El interés práctico de una disposición contractual de esta naturaleza luce sobre todo en aquellos casos en que no, habiéndose atribuido a ningún socio singulares facultades administrativas, esta actividad ha de realizarse de forma conjunta. El régimen de

mayorías ofrece en este caso la ventaja de que con él se agiliza la gestión, evitándose tener que decidir por unanimidad cualquier clase de incidencias administrativas por insignificantes que sean. Su utilidad se manifiesta también respecto de los actos de gestión, cuya realización está subordinada a la aprobación de los socios no administradores. Este sistema se aplica en la práctica sobre todo para determinar que negocios se encuentran sujetos a autorización cuando en el contrato no se concede ninguna limitación a este respecto (239).

Bajo régimen de mayorías suelen resolverse los problemas relativos a la exclusión de socios y a la sustracción a los socios administradores de las facultades de gestión y de representación. El alcance de estas cláusulas hay que examinarlo a la luz de cada concreto ordenamiento positivo. La conveniencia de su inserción en el contrato se dejará sentir sobre todo en las legislaciones en las que la obtención de una sentencia judicial para la exclusión del socio depende del requisito de la unanimidad de los restantes socios (240) o cuando, como sucede en derecho español, la exclusión del socio por una causa de incumplimiento no mencionada en la ley -supuesto del art. 218-7º C. comercio- presupone el acuerdo unánime extrajudicial de los demás socios (241).

En la práctica es frecuente también que el contrato prevea la sustitución del régimen de unanimidad por el de -mayorías cuando se trate de modificaciones sustanciales de la relación contractual, como por ejemplo la imposición al socio de nuevas obligaciones de aportar para reconstruir la integridad del capital inicial disminuido por pérdidas, excepciones al principio de paridad de trato, modificaciones limitativas de los derechos especiales de socio, continuidad de la sociedad después de su disolución, etc.. Todos estos temas plantean diversos problemas de licitud y protección de los socios minoritarios a los que hemos de referirnos más adelante.

Las particularidades del régimen contractual sobre cómputo de votos consisten básicamente en la sustitución del carácter personal del cómputo -voto por cabezas- por la regla de asignar el derecho de voto en función del montante de la aportación o del saldo inicial de la "cuenta de capital" abierta a cada socio (242(. Esta cláusula, de -carácter"capitalista", presupone que durante la vida de la sociedad, o durante el periodo de tiempo previsto en el contrato, la relación entre parte de socio y patrimonio es fija y que por consiguiente la razón de proporcionalidad existente entre las llamadas "porciones de interés" de los socios se mantiene invariable desde el comienzo de

la relación social.

La caracterización del valor del patrimonio como cifra a abstracta retentiva con una significación análoga a la - del capital de las sociedades anónimas, constituye el - medio técnico apto para poder determinar con seguridad el derecho de voto correspondiente a cada socio. Esta ex presa previsión de mantener inalterada la proporcionalidad inicial entre las cuotas sociales, determinadas con un caracter fijo y abstracto, o de mantener invariable - el valor inicial del patrimonio social, se hace particularmente necesario en aquellos ordenamientos, como el alemán, en los que al socio se le permite, al final de ca da ejercicio, incrementar su cuenta de capital con beneficios sociales u otras remuneraciones (243). En derecho español, donde los resultados del ejercicio y las cantidades para gastos particulares se ingresan, según la doc trina más autorizada (244), en la cuenta particular del socio sin integrarse en una cuenta social y donde por con siguiente la razón de proporcionalidad durante la vida de la sociedad queda con ello garantizada, la sumisión del derecho de voto a la parte de socio no necesita en principio de especiales previsiones contractuales. Esto no - excluye sin embargo que en el contrato se recojan expres mente normas especiales destinadas a asegurar la conservación del patrimonio por encima del capital representado

por la suma de las aportaciones iniciales.

Una cuestión diversa es la del régimen de estas mayorías: mayorías simples o cualificadas, mayorías de votos emitidos por los socios presentes o por su representantes, etc. (245). Aquí hay que remitirse a los supuestos que, dentro de este ~~sector~~, contempla el régimen jurídico de la sociedad anónima.

c.) Configuración contractual de las relaciones jurídico-patrimoniales

Entre las modalidades de regulación contractual de los derechos patrimoniales del socio los supuestos que ofrecen mayor interés, son los relativos a la participación en los beneficios y en la cuota de liquidación. En la práctica son frecuentes también las cláusulas que obligan a realizar aportaciones complementarias con el fin de enjugar las pérdidas y asegurar con ello la integridad del capital inicial. Aquí vemos a limitarnos a las primeras, por ser las que con mayor frecuencia plantean problemas.

El tema de la participación del socio en los beneficios se presenta en dos planos diversos: determinación de la existencia de beneficios por vía corporativo-mayoritaria

y posibilidad de excluir al socio del reparto de los -
mismos. El contrato puede extenderse a otras muchas cues-
tiones como son, por ejemplo, el criterio para la divi-
sión del beneficio entre los socios, las diversas modali-
dades de participación en las pérdidas, transmisibilidad
del derecho a los beneficios, etc. Respecto del primero,
parece que la discriminación -en régimen de mayorías- de
si existen o nó beneficios, resulta necesaria en las so-
ciedades de personas con un número elevado de miembros,
en las que la actividad social se ejerce a través de -
órganos expresamente previstos en el contrato. En estos
casos la forma de operar es la siguiente: los socios ad-
ministradores, encargados de llevar a cabo el análisis -
del patrimonio, redactan un informe, que se somete al exa-
men y aprobación de los restantes socios. Estos controlan
la corrección de las operaciones materiales y contables y
determinan si en el ejercicio en cuestión existen bene-
ficios. En caso de que el contrato no diga nada, suele -
decidirse por mayoría si para la determinación de los be-
neficios ha de tomarse como punto de referencia al capital
fundacional o el capital existente según el último balan-
ce. En este segundo caso, se considerarán ganancias solo
las cantidades no absorbidas por las pérdidas del ejerci-
cio anterior.

Un interés práctico mayor presentan las cláusulas a tra-

vés de las cuales se modifica el régimen de reparto de ganancias entre los socios. El ordenamiento parte del - reconocimiento general en favor del socio de un derecho a participar en los beneficios (246) completado, en algunas legislaciones, con la facultad de percibir, en la cuantía que determinen la ley o el contrato, una suma para gastos particulares (247). Las desviaciones que en la práctica - experimenta esta disciplina revisten diversos grados de - intensidad. En primer lugar cláusulas en las que se establece que, después de fijado el montante de los beneficios repartibles, se detraigan una parte de los mismos, la cual en vez de dividirse entre los socios, se incorpora al balance social en concepto de reservas manifiestas (248). Desde el punto de vista de la economía de la empresa se - trata de crear en estos casos nuevas fuentes de autofinanciación cuando las exigencias de la explotación lo hagan necesario. Otras veces los beneficios no repartidos se destinan a la formación de fondos de reserva con una función análogo a la que estos tienen en la sociedad anónima (249).

El contrato puede disponer en segundo término que se reparta la totalidad de las ganancias pero que una parte de estas, en lugar de ser entregada en efectivo, se ingrese en cuentas especiales. La disponibilidad de estas cantidades por sus titulares está sometida a requisitos tan rigurosos que, de hecho, aquellas operan como un fondo de -

maniobra de la sociedad (250) sin que los socios tengan posibilidad de acceso a las mismas. Esta fórmula se alterna con la retención indirecta de beneficios a través de la formación de reservas ocultas ó a través de manipulaciones de las valoraciones, dada la no aplicación a las sociedades de personas de las normas de carácter imperativo que regulan esta materia en las sociedades de capitales.

Por último hay que mencionar el supuesto en que las ganancias se reparten en su totalidad; en este caso -para garantizar la estabilidad del capital- se llevan las aportaciones sociales a una cuenta de capital recogida en el pasivo del balance, que opera como cifra retentiva y no puede ser modificada durante la vida de la sociedad salvo que -concurran particularidades de circunstancias.

De una importancia práctica no inferior, es la regulación contractual de la liquidación de la cuota del socio saliente. La atribución de esta cuota en los casos de separación y exclusión de socios y las dificultades que lleva consigo el proceso liquidatorio puede acarrear, como ya -hemos señalado (251), consecuencias graves para la estabilidad económica de la empresa, cuya continuidad haya sido acordada por los demás socios. Para evitar estos peligros, se acude al expediente de limitar o excluir a través

del contrato la práctica de una liquidación de salida. Las modalidades que reviste este supuesto, son diversas. Entre las más importantes hay que señalar, en primer término, la simplificación del procedimiento de valoración de los elementos patrimoniales que han de ser tenidos en cuenta en el balance de liquidación de salida del socio. Los problemas que presenta la fijación de la cuota de liquidación derivan, como es sabido, de la dificultad de - considerar simultaneamente dos formas diversas de valorar los elementos patrimoniales: en función de la continuidad de la empresa y, a la vez, en función del carácter final que las operaciones liquidatorias tienen para el socio - saliente (252). A esto hay que añadir las dificultades - inherentes a la cotización de ciertos valores, como son - los elementos inmateriales, o a la dificultad de valorar las operaciones en curso.

Para eliminar los inconvenientes que acabamos de señalar el contrato suele prever que determinados elementos de dificil valoración -reservas ocultas, good will, firma social etc.- queden excluidos del balance de liquidación ó en - caso de que se incluyan en él, que se adopten como criterios de valoración las cotizaciones dadas a estos elementos en ocasiones anteriores (último balance de situación o balance fiscal donde este exista). En ambos casos existe

una limitación "cuantitativa" del derecho de socio a - participar en todo aquello a cuya formación ha contribuido.

Otras cláusulas tienden a sustituir el mecanismo de valoración de estos elementos singulares por una cantidad fija (forfait) o, sin llegar a establecer ninguna restrinción cuantitativa, facultan a la sociedad para que practique una retención de este derecho durante un periodo - de tiempo determinado ó no (por ejemplo, hasta que se concluyan las operaciones pendientes), quedándose la sociedad con la cuota de liquidación en concepto de préstamo (253).

Un supuesto más complejo es el recogido en aquellas clausulas que para el caso de separación de uno de los socios preveen la transformación de la sociedad de personas en una sociedad de capitales a la cual el socio saliente se obliga a participar con una aportación cuya cuantía equivalga al montante de la cuota de liquidación o en la que se conecta la separación ó exclusión del socio a una penalidad económica que compense la liquidación efectuada (254). En todos estos casos los problemas que se plantean son basicamente de licitud y de edecuación de las clausulas a las características estructurales y funcionales de la sociedad de que se trate.

La aplicación de las fórmulas contractuales examinadas hasta ahora se limita por lo general a las sociedades - personalistas aunque cabría extenderlas igualmente al ámbito de las cuentas en participación. En este sector se ha generalizado durante los últimos años la práctica de reforzar la posición patrimonial del socio oculto, hasta el extremo de que en el ámbito de las relaciones jurídicas internas se conceptúa su participación "como si" el patrimonio negocial perteneciese en común a gestos y partícipe (255). La peculiaridad de esta cláusula radica en que, frente al gestor, el partícipe asume una posición - jurídica sustancialmente diversa al convertirse de acreedor de los "resultados próximos.....en la proporción que determinen", como señala el artº 239 de nuestro Código de Comercio, en un cotitular -si bien solo a efectos internos, del patrimonio negocial (256). Ha sido desde el punto de vista fiscal, y por consideraciones de esta índole y no jurídico-materiales, donde se ha puesto de relieve la significación práctica de estas cláusulas. Asi nace en la literatura alemana, la expresión "Mitunternehmerschaft" por contraposición a la de "Gläubigerschaft". Con la primera se quiere designar precisamente este fortalecimiento de la posición del partícipe y sus repercusiones para el derecho del tributario. Ello explica a su vez que la - mayor parte de los autores estudien estos supuestos en el marco del derecho fiscal con escasas referencias a los -

problemas jurídico-societarios.

La participación directa, de carácter obligacional, en la sustancia patrimonial de la sociedad significa que - los derechos patrimoniales del partícipe se extienden no sólo a los resultados de la explotación (257) sino a las plusvalías experimentadas en bienes de inversión adquiridos con el valor de las aportaciones (258), a las reservas ocultas (259), a las modificaciones del valor del capital fijo y del circulante así como a los bienes inmateriales. Cuando el contrato expresamente previene que la participación del socio oculto se extienda a cada uno de éstos elementos no se plantean problemas. Esto sucede - por el contrario cuando la cláusula se limita a señalar genericamente que la participación de este tendrá lugar en los "resultados". La interpretación de este término plantea dificultades y difiere notablemente de unas legislaciones a otras. De ahí que no exista tampoco en la doctrina una determinación uniforme de su contenido.

Esta amplitud de facultades patrimoniales del partícipe cobra importancia sobre todo a la hora de fijar la cuota de liquidación que le corresponda. Frente al supuesto legal, que limita los derechos liquidatorios del partícipe a la devolución de la aportación y al reparto de ganancias y pérdidas, y en el que por consiguiente no existe parti-

cipación ninguna en el patrimonio negocial, el contrato establece aquí un régimen semejante al que se establece en este sector para la sociedad colectiva.

2. Sociedades de capitales con una estructura organizativa de carácter personalista

La sociedad anónima, como prototipo de sociedad de capitales, constituye el instrumento técnico-jurídico para el ejercicio de la gran empresa. Este ha sido su sentido - bajo el viejo régimen y ésta es la función que le corresponde todavía hoy en el tráfico económico (260). Si se examina la estructura organizativa de esta figura en los distintos ordenamientos se advierte que responde básicamente a esta finalidad. El atributo de la personalidad jurídica y el acotamiento patrimonial absoluto están pensados para fines superiores y permanentes. Este mismo significado instrumental se expresa a través de la organización corporativa y de las cautelas contables y financieras tomadas por el legislador. Al mismo tiempo la organización estructural responde a esta finalidad. A la condición de socio no se anuda la obligación de intervenir en la administración social. Tanto la gestión como la representación se encomiendan, en virtud de nombramiento, a un órgano - del que pueden formar parte socios o extraños. En este -

último caso -organismo de terceros- se produce una restricción del ámbito de competencias que corresponde a los -titulares de las participaciones sociales. A esto hay -que añadir los elementos configuradores de carácter capitalista: formación de la voluntad social en régimen de mayorías, atribución de determinados derechos de socio en -proporción a su participación en el capital -derecho de voto (independientemente de las excepciones que la ley -pueda introducir al principio de proporcionalidad como, por ejemplo, la exigencia de un número mínimo de acciones para ejercitar el derecho de voto o la fijación de un tope máximo de votos para un mismo accionista, supuestos a los que se refiere la ley española de sociedades anónimas en el artº 38-2º), derecho a las ganancias y a la cuota de liquidación (artículos 39 nº 2 y 92 LSA) ausencia de responsabilidad personal de los socios frente a terceros. La impersonalidad del capital repercute asimismo sobre -las participaciones sociales siendo libre en principio -su transmisión. Esta indicación sumaría, basta para destacar que el Derecho ha tomado como patrón una empresa de un gran número de socios y de una gran importancia económica. De ahí al que haya de afirmarse que la disciplina legal está orientada hacia las exigencias de la empresa de grandes dimensiones.

Al perder el acto fundacional de la sociedad histórica-

mente su caracter excepcional desapareció, desde un punto de vista formal, el sentido de la sociedad anónima - como instrumento jurídico adecuado a la gran empresa. Al revés de lo que sucede en otras formas sociales no se da, a partir de este momento, una conexión funcional entre forma societaria y modelo de actividad (ejercicio de la gran empresa). La sociedad anónima, lo mismo que la sociedad de responsabilidad limitada, constituye un medio técnico-jurídico apto para servir a fines de cualquier naturaleza y envergadura económica. Esto se ve con particular claridad en las sociedades de responsabilidad limitada. La configuración legislativa de esta figura no responde en el momento de su creación a un tipo empírico concreto, a una fórmula experimentada en la realidad, sino que constituye una invención "fruto de la fantasía del legislador" (261). De ahí la gran variedad de aplicaciones que estas sociedades presentan en el tráfico. Este fenómeno no desdibuja sin embargo la misión fundamental de estas figuras cuya configuración legislativa está orientada -prima facie a la empresa de grandes dimensiones (262), cuestión a la que nos hemos referido en otro lugar.

El fenómeno que aquí quiere examinarse es el de la existencia de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada organizadas "intuitu personas". La significación -

socio-economica (263) y jurídica (264) de este hecho ha sido destacada ya en la doctrina científica. Su importancia radica en la realización, a través de estas figuras, de funciones encomendadas tradicionalmente a las sociedades de capitales en sentido estricto. Es claro que en el marco de este trabajo no pueden abordarse todos los aspectos singulares de este temario. Interesa únicamente señalar cuales son los elementos que caracterizan el supuesto de hecho y los problemas que plantea. Las sociedades de capitales organizadas sobre principios de carácter personalista conservan, por definición, los elementos conceptuales de estas formas societarias. Se trata de figuras en las que existe un capital social que opera como cifra de retención del patrimonio en garantía de los acreedores y que, según la clase de sociedad de capitales de que se trate, se encuentra dividida en acciones o en participaciones sociales. Asimismo se dan las notas de abstracción personificadora de la sociedad, estructura corporativa y responsabilidad limitada. Estos rasgos caracterizadores permiten en principio identificar como sociedades de capitales del catálogo legislativo determinados fenómenos de la realidad. A partir de aquí los restantes elementos característicos de estas sociedades se encuentran modificados o simplemente excluidos. Veamos a continuación como tiene lugar ésto:

En primer término hay que mencionar la axistencia en estas figuras de un escaso número de socios unidos entre - si por lazos de recíproca confianza. La adquisición de - la condición de socio descansa formalmente en la aportación social; de hecho son determinantes, para poder entrar en la sociedad las cualidades personales de los partícipes. Este requisito aparece expresamente recogido en la legislación fiscal alemana, que ha sido la única que se ha ocupado hasta ahora de tipificar este fenómeno como supuesto societario autónomo (265). También en derecho americano se ha prestado gran atención a esta modalidad. Bajo el nombre de "close corporation" se recogen diversas formas de organización personalista de la sociedad - de capitales, equivalente a la sociedad anónima de los - derechos continentales (266).

Aunque la existencia de un número reducido de socios venga acompañada por lo general de un capital social también reducido -supuesto típico de sociedades anónimas constituidas con el fin de aprovecharse del beneficio de la responsabilidad limitada- ello no significa que una sociedad de capitales de pocos socios deba limitarse necesariamente a empresas de pequeña importancia. El ejemplo de la Ford Motor Company con anterioridad a 1955, demuestra que el ejercicio de una empresa de grandes dimensiones no es incompatible con una sociedad de esta naturaleza (267). Por

otro lado no es tampoco esencial que el número de socios sea pequeño. Los estatutos pueden prever un número más elevado -el artº 5 de la Verorchung de 1942 exige que el número de socios no sea superior a 5, todos ellos personas físicas- cuando en los partícipes existan lazos de parentesco.

La organización de la sociedad sobre la base de lazos jurídicos de socio a socio y el significado que se atribuye a las cualidades personales de los intervinientes, hace que sucede en las sociedades de personas -la posición jurídica de socio- no queda independizada de su titular, diversamente a lo que ocurre en las sociedades de capitales en sentido estricto. Esto explica por ejemplo que la transmisibilidad de la condición de socio no sea libre sino que dependa de la autorización previa de la sociedad.

El fundamento de la modificación de la disciplina legal descansa, por un lado, en la actitud general opuesta a la entrada de un tercero en una comunidad de trabajo constituida intuit personae. Por otro lado está la cuestión -de saber si al nuevo socio puede realizar las funciones de su predecesor, problema que se plantea sobre todo en aquellas pequeñas empresas, por lo general de carácter familiar, que se transformen en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada para poder acogerse a la respon-

sabilidad limitada. La amplitud de los derechos de información e inspección, recogidos en la mayor parte de los ordenamientos, permitiría al nuevo socio una intervención de las operaciones sociales -siquiera sea indirectamente- en abierta contradicción con el espíritu que anima la creación de estas sociedades.

La existencia de pocos socios y la constitución de la sociedad intuitu personae tiene consecuencias importantes - en el ámbito de las relaciones jurídicas internas. En este sector de la actividad administrativa es típico que - los socios intervengan activamente en la sociedad bien - como gestores o simplemente como empleados. En tales casos tiene lugar entre los partícipes una comunidad de trabajo que origina una situación diversa a la de las sociedades tenidas en cuenta por el legislador.

La democratización del accionariado y el absentismo de - los pequeños socios ha llevado a una disociación dentro de la sociedad entre propiedad y control y a una ruptura del binomio poder de dirección-asunción de responsabilidad cuestión a la que ya nos hemos referido en otro lugar. En el supuesto que aquí no ocupa, la dirección de - la empresa viene desempeñada directamente por los titulares de las participaciones, que asumen personalmente las funciones de gestión y representación de la sociedad. El

artículo 5 de la "Verordnung" de 1942, antes mencionada exige que al menos uno de los socios se dedique a la - sociedad, haciendo de esta ocupación su principal actividad profesional; al mismo tiempo se le encomendó la función de representar a la sociedad. El socio o socios que desempeñen este cometido deberán poseer al menos el 60% de las participaciones sociales, salvo que se trate de - personas unidas entre sí por lazos familiares.

El instrumento técnico que permite a los socios mantener la base personal de la sociedad es la introducción en los estatutos de cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones. Esto puede establecerse asimismo a través de acuerdos adoptados por mayorías cualificadas posibilidad frente a la cual la doctrina dominante se ha mostrado hasta ahora reacia (268). En otros casos, y con el fin de asegurar una eficaz actuación sobre los órganos administrativos, se hace uso de instrumentos paralelos, - como las convenciones sobre el derecho de voto o la sumisión de la adopción de determinados acuerdos al régimen de mayorías cualificadas. En ambos casos la finalidad es que personas de confianza de los socios o los socios mis mos ocupen puestos clave en los órganos de gestión o, una vez ya situados dentro de ellos, asegurar su permanencia.

En el ámbito de las relaciones jurídico-patrimoniales exis

ten igualmente particularidades de interés. Especial men
ción hay que hacer de la ausencia en estas sociedades de
socios "especuladores", interesados únicamente en una -
política de dividendos inmediata a su especulación sobre
el curso de las acciones. En las sociedades de base per-
sonalista la situación es justamente la opuesta: la vin-
culación de los socios con la sociedad tiene carácter -
permanente y en muchos casos esta actividad dentro de la
sociedad constituye su medio de vida. Para la política de
beneficios tiene importancia el hecho de que los socios
se sientan propietarios de la empresa y que no vean en la
personalidad jurídica de ésta más que un medio técnico -
para la obtención de fines comunes. Los intereses del -
socio gestor no se orientan tanto a la distribución de
beneficios cuanto a asegurar la percepción de una canti-
dad fija en concepto de retribución por sus servicios a
la sociedad.

La existencia de sociedades anónimas y sobre todo de res-
ponsabilidad limitada configuradas en los términos que -
acabamos de indicar; obliga a hacer una breve considera-
ción sobre las razones que determinan su creación. En par-
ticular hay que preguntarse por qué en estos casos los so-
cios no constituyen directamente una sociedad de personas
La respuesta debe buscarse básicamente en el beneficio -
legal de la responsabilidad limitada. Este factor tiene

una importancia decisiva a la hora de elegir la forma social, especialmente cuando se trata de actividades a las que va conectado un riesgo económico grande. En los ordenamientos jurídicos, en que las sociedades de personas - carecen de personalidad jurídica, la elección de una sociedad de capitales permite dar una mayor estabilidad a la empresa social eliminando a través del expediente de la personalidad jurídica las vicisitudes personales que atentan contra la existencia jurídica y económica de la empresa. La entrada de nuevos socios y la separación, exclusión o muerte de los ya existentes no plantean problemas de subsistencia de la sociedad, salvo que esta se haya hecho depender expresamente de la alteración de una - de estas circunstancias. A esto hay que añadir las razones de prestigio económico que acompañan, en muchas ocasiones, a la constitución de una sociedad de capitales.

Las ventajas de esta fórmula son básicamente el poder - combinar los atributos de personalidad jurídica y responsabilidad limitada con una contemplación de las calidades personales de los intervinientes. Su utilidad se manifiesta sobre todo en el supuesto de sociedades familiares en las que con el cambio de generaciones han desaparecido los socios aptos para llevar a cabo las actividades gestoras y se hace preciso recurrir a la colaboración de ter-

ceros no socios. Ello explica la difusión de estas claúsulas en el tráfico.

b). Problemas que plantea

La inserción de elementos estructurales personalistas en una sociedad de capitales plantea como cabe suponer numerosos problemas. El primero es de identidad de la forma social. La proliferación en la práctica de figuras que - se sirven indistintamente de elementos personalistas y - capitalistas y el carácter "intercambiable" de buena parte de los elementos configuradores de los tipos legales da lugar a dificultades de diferenciación y consiguientemente de calificación jurídica de estos supuestos. El tema hace referencia al problema más general de individualización de las formas éticas, cuestión a la que vamos - a referirnos en los capítulos II y III. Junto a este hay que destacar el problema de la disciplina jurídica de estas sociedades y en particular la cuestión relativa a la protección de los socios minoritarios y de los terceros. A ello vamos a referirnos a continuación.

aa). Posición de los socios minoritarios

La necesidad de adoptar medidas de protección en favor de los socios minoritarios no se presenta cuando se trata de sociedades en las que todos los socios participan conjuntamente en la gestión de la sociedad. En la práctica es frecuente sin embargo la existencia de sociedades de capitales, en especial sociedades de responsabilidad limitada, en las que una minoría de socios se halla excluida de las funciones administrativas. Las particularidades derivadas del carácter personalista de la sociedad hace que en este caso las tensiones tradicionales - entre mayoría y minoría revisten mayor gravedad, no tanto por la presencia de los elementos jurídicos típicos - de estas figuras -ya que en principio la posición de socio en una sociedad de esta naturaleza no se diferencia de la que tiene en una sociedad de capitales "abierta"- cuanto por el sometimiento a condiciones de hecho que - pueden comprometer la libre autodeterminación del socio. Esto se comprende mejor si se tiene en cuenta que en la práctica las funciones gestoras están encomendadas a los socios mayoritarios. La tensión entre administradores y socios, típica de toda sociedad y de forma especial de las de capitales, se resuelve aquí en una situación de conflicto entre mayorías y minorías. El problema no es otro que determinar hasta que punto la disciplina legal tiene en una sociedad cuenta las particulares exigencias

de tutela del socio minoritario en una sociedad "cerrada"

Para abordar esta cuestión hay que partir del cuadro normativo de cada ordenamiento. Por razones obvias no podemos realizar ahora un estudio comparado de los diferentes sistemas legislativos de protección de las minorías ni examinar su validez en el supuesto que ahora nos ocupa. La finalidad de este apartado es únicamente, señalar el origen de estas supuestas y tratar de explicar la raíz de las situaciones de conflicto.

La influencia de la estructura de las sociedades de responsabilidad limitada de carácter personalista sobre la posición jurídica del socio fué puesta de relieve ya hace tiempo por Wieland, según el cual los límites legales a la actuación de las mayorías pierden su significado a medida que la sociedad reduce el número de sus socios y evoluciona hacia fórmulas de tipo personalista. Los correctivos generales derivados del principio de igualdad de trato y la facultad de impugnar los acuerdos sociales adoptados en contra de la buena fe, no son suficientes. De ahí la necesidad de crear un sistema de protección más eficaz que el previsto en la ley (269).

En la práctica comercial está ampliamente difundida la convicción de que en las sociedades de capitales cerra-

das la mayoría dispone de numerosas posibilidades para deshacerse de una minoría incómoda. La razón está básicamente en la existencia de lazos personales más estrechos entre los socios y consiguientemente en una vinculación patrimonial también mayor. Dentro de los recursos utilizados por la mayoría para esta finalidad hay que mencionar, en primer término, las presiones ejercitadas sobre la minoría a través de una manipulación de la política de distribución de beneficios. En las sociedades sobre base personalista, sobre todo si tiene carácter familiar, la existencia y reparto de beneficios constituye como es sabido la ventaja económica más importante de que dispone el socio apartado de las tareas administrativas. Debido a ello las aspiraciones del socio no consisten sólo en que la gestión social tienda a la obtención de beneficios sino el que estos se descrimenen en cada ejercicio y se transformen en dividendos repartibles con una cierta regularidad.

A este interés del socio no administrador, se opone el interés de los mayoritarios que ejercitan o controlan la gestión social. Las causas de esta discrepancia son de naturaleza diversa: por un lado el hecho de que en su calidad de administradores estos socios obtienen ya una compensación inmediata a su aportación, a través de la percepción de determinadas cantidades en concepto de

retribución por la actividad desempeñada. El interés que las mueve -sobre todo cuando se trata de pequeñas sociedades- no es tanto llevar a cabo una política de dividendos cuanto asegurar la regularidad de sus ingresos y, a ser posible, la consolidación de una renta futura (270). Por otro lado, entran en juego, consideraciones de tipo fiscal, en particular el deseo -de evitar la doble imposición de estos dividendos, primero en concepto de beneficios y luego como ingreso personal (271).

El factor más importante parece ser sin embargo la convicción de que sin un mercado de valores que reaccione al reparto de los dividendos, la política de beneficios pierde parte de su significación. En las sociedades que cotizan en Bolsa, la distribución de beneficios constituye un instrumento que incide sobre la negociación del título y sobre su consolidación en el mercado. Cuando, como sucede en este caso, no existe una participación -de la sociedad en el mercado bursatil y los recursos financieros necesarios se obtienen por otras vías -a través casi siempre de emisión de obligaciones- la política de dividendos tropieza por lo general con la oposición de los administradores. La retención de beneficios ofrece la ventaja de permitir la autofinanciación de la sociedad y con ello el aumento real del valor de las par

ticipaciones sociales, aunque como vamos a ver, los socios minoritarios pueden verse excluidos de las plusvalias.

Esta divergencia de intereses entre mayoría y minoría constituye un problema grave de aquellos ordenamientos en los que no es la Junta sino el órgano administrativo quien decide sobre el reparto. Esta es la situación por ejemplo en algunas legislaciones USA (272). En los derechos continentales es competencia de los propios socios decidir en Junta General sobre la oportunidad de la distribución. Ello no quiere decir que no sean posibles, dentro de este marco legislativo, manipulaciones de la mayoría, especialmente en aquellos ordenamientos en los que no existe mandato legal alguno sobre la obligación de efectuar el reparto ni sobre la determinación de qué beneficios son repartibles (273). De ahí que las reformas legislativas más recientes se orienten en el sentido de asegurar al socio una cuota mínima siempre que existan beneficios (274). La cuestión es muy compleja ya que a ella se conecta el problema de la determinación del beneficio, límites a la constitución de reservas voluntarias, amplitud concedida a la Junta para decidir sobre la distribución, etc.

La mayoría puede presionar sobre la minoría por medio

de manipulaciones directas sobre el patrimonio de la -
sociedad. Tal sucede en los supuestos de autocontra-
tación de los administradores, emisión de nuevas accio-
nes, imposición de requisitos particularmente onerosos
para ejercitar el derecho de suscripción preferente, -
modificaciones estructurales de la sociedad, fusión y
transformación, etc.. En estos casos la ley o bien im-
pone sanciones rigurosas -como sucede, dentro de los -
ordenamientos continentales, con el supuesto de autocon-
tratación- o bien se limita a establecer medidas de tu-
tela en favor del socio disidente. De entre estas medi-
das la más importante es la facultad concedida al socio
para separarse de la sociedad. Lo que sucede en las so-
ciedades de capitales "cerradas", lo mismo que por otra
parte pasa a las sociedades personalistas, es que el -
ejercicio del derecho de separación tropieza a menudo -
con dificultades de indole práctico. El problema se plan-
tea en una doble vertiente: desde el punto de vista del
socio no parece probable que este se decida a hacer uso
de este derecho cuando desempeñe el cargo de administra-
dor o de empleado con funciones directivas y la retribu-
ción que perciba por esta actividad constituya su medio
de subsistencia. Esta subordinación económica constitui-
rá en muchos casos una limitación grave a su libertad -
de determinación. Pero aún en el caso de que resuelva -
separarse de la sociedad deberá hacer frente a dificult-

tades de otro caracter. La más importante será encontrar una persona dispuesta a adquirir su participación a un precio adecuado. El problema deriva como ya hemos dicho de la ausencia de un mercado en el que puedan negociarse libremente las participaciones sociales. Este hecho no sólo condiciona la posibilidad de encontrar un comprador sino, en caso de encontrarlo, la posibilidad de llevar a cabo una adecuada valoración de la cuota del socio saliente. En las sociedades de pequeñas dimensiones no sujetas a la obligación de rendir cuentas de la marcha de la empresa, las relaciones económicas y las posibilidades financieras de esta última, difícilmente pueden ser juzgadas por personas ajenas a los propios intervinientes. Esta dificultad de operar con criterios seguros de valoración significa para el socio saliente el riesgo de sufrir pérdidas en el momento de la enajenación de su cuota. No es de extrañar por tanto que en la práctica los únicos eventuales compradores sean los demás socios. Será entonces cuando los mayoritarios harán valer su posición de fuerza para someter al socio minoritario a todo tipo de presiones hasta que se decida a vender a un precio que aquellos consideran ventajoso. La situación que acaba de indicarse resulta jurídicamente posible gracias a la existencia de cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones las cuales reservan en favor de los restantes socios -

un derecho de suscripción preferente.

El nudo del problema consiste en determinar hasta que punto el sistema de protección de las minorías previsto con carácter general en la disciplina legal de las sociedades de capitales ofrece una respuesta adecuada al conflicto de intereses existente en estos supuestos. Dada la diferente regulación de este tema en los distintos ordenamientos jurídicos no puede resolverse esta cuestión con un carácter general. Parece clara en todo caso la conveniencia de ampliar la base de protección legal a través de un replanteamiento de los intereses en conflicto. En este sentido se orienta la doctrina y la jurisprudencia de otros países cuando tratan de este problema desde el ángulo de deber de fidelidad del accionista. Esta posibilidad ha sido técnicamente utilizada tanto en derecho continental como en derecho americano. La obligación de fidelidad se proyecta sobre el comportamiento de los administradores en el ejercicio de sus funciones y sobre las relaciones de los socios entre sí y con la sociedad (275). La instrumentalización del deber de fidelidad del socio como un límite al poder de las mayorías no parece presentar problemas tampoco en nuestro ordenamiento (276). En la doctrina se ha discutido la oportunidad de establecer como derecho de las minorías, además de la acción de responsabilidad contra

los administradores, la facultad de solicitar de los tribunales la disolución de la sociedad, solución que existe ya en algunas legislaciones (277). Por otro lado convendría considerar la posibilidad de reconocer en favor del socio un derecho de compensación a título de indemnización por la imposibilidad de enajenar libremente su participación, expediente conocido en derecho americano bajo el nombre de "appraisal remedy", así como la ampliación del contenido de su derecho de información.

Independientemente de la posibilidad de introducir en el contrato estas medidas de protección, no existe duda de que, desde un punto de vista de lege ferenda, sería deseable crear otros instrumentos de tutela más eficaces que los actuales.

bb). Situación de los acreedores sociales

La constitución de sociedades de capitales sobre base personalista no sólo plantea problemas para los socios minoritarios sino también, y en gran medida para los acreedores sociales. El sistema legal de protección de los terceros en las sociedades con responsabilidad limitada descansa como ya hemos dicho sobre la constitución

de un patrimonio separado que opera como cifra de responsabilidad de la sociedad. Esta cifra estatutaria cumple frente a los terceros una función de garantía mínima, ya que sirve de "magnitud de retención" sobre el movimiento patrimonial de la sociedad y expresa el valor global de ése patrimonio de garantía (278). Respecto de las obligaciones sociales con terceros no existe responsabilidad de ninguna clase en los socios; la única referencia objetiva para aquellos es el capital de la sociedad. El acotamiento patrimonial absoluto de la sociedad y la consiguiente irresponsabilidad de los socios frente a los terceros hace necesaria, en interés de estos últimos, la adopción de medidas encaminadas a conseguir la efectividad de los valores que representa la suma de capital y el mantenimiento de los mismos. En esta dirección se orientan los principios que reglamentan el capital social en los distintos ordenamientos legales.

En las sociedades de capitales "cerradas" existe el peligro de que en virtud de la estructura personalista - que les es característica la protección de los acreedores no se actúe eficazmente. Esta cuestión puede examinarse en dos planos diversos. Por un lado la existencia de un número reducido de socios que intervienen activamente en la gestión hace que la separación entre patrimonio de la sociedad y patrimonio de los socios tenga un

significado puramente formal. Detrás de ambas esferas - patrimoniales los intereses en juego son idénticos. Los socios pueden sin gran esfuerzo incorporar a su patrimonio personal elementos patrimoniales de la sociedad, bien de forma manifiesta, bien -y esto es lo que aquí - nos interesa- de forma encubierta, a través de préstamos que la sociedad hace a sus socios, retribuciones desproporcionadas a los servicios realizados por estos a la - sociedad o por otras vías indirectas (asignación de una renta elevada por el arrendamiento a la sociedad de locales pertenecientes a los socios, etc.) (272). En una sociedad abierta estas manipulaciones quedarían sometidas en todo caso al control de los socios externos, entendiendo por tales aquellos que no forman parte del grupo dominante ni obtienen provecho alguno de las operaciones por estos realizadas (280). En las sociedades que ahora estamos examinando no existe control social interno sencillamente porque no hay socios externos o porque - habiéndolos no gozan de una independencia efectiva frente a la mayoría. La consecuencia es que los terceros se ven privados de los bienes destinados a esta función de garantía.

En la práctica se encuentran igualmente sociedades de base personal constituidas con un capital social muy pequeño. Esto no plantearía mayores problemas si se tratase

de ejercitar una empresa de modestas dimensiones. La realidad es por el contrario que ese capital se destina en la mayoría de los casos a explotaciones que requieren - medios financieros más elevados. Este fenómeno de "des-capitalización de la sociedad" ("Unterkapitalisierung", "inadequate capital") constituye una de las manifestaciones más características del supuesto que venimos examinando. Lo que distingue este hecho de otros fenómenos - próximos es que en este caso la escasez del capital existe por deseo expreso de los socios desde el momento fundacional y como tal se mantiene durante la vida de la sociedad. En lugar de atender las exigencias de financiación de la empresa mediante la emisión de nuevas acciones se prefiere obtener estos recursos por otras vías, - por lo general con medios propios de los socios (préstamos, aportaciones de bienes in natura y en especial arrendamientos de locales) (281). Esta financiación, que podríamos llamar de sustitución, de hecho sólo podrá ser realizada por los socios, ya que debido a la falta de garantía del capital social, los terceros -y en particular los institutos de crédito- no estarán dispuestos a realizarla.

Tanto en el supuesto de vencimiento de la base patrimonial de la sociedad como en el supuesto de sociedades des-capitalizadas, directamente perjudicados, son ante todo - los acreedores. En el primer caso, las medidas legales -

sobre correspondencia mínima entre capital y patrimonio efectivo de la sociedad y las relativas a la determinación y estabilidad del capital ofrecen una cierta protección de los intereses de los terceros. El problema es - más grave cuando se trata de sociedades con un capital - social insuficiente. La ausencia en la ley de un principio de capital mínimo, como sucede en nuestro ordenamiento, deja un amplio margen a manipulaciones abusivas de esta forma social. Aquí se suscita el problema central - de todo este temario, a saber, bajo que presupuestos puede mantenerse en estos casos el beneficio de la responsabilidad limitada. Desde un punto de vista político jurídico, el tema tiene un alcance que excede de los límites de estos supuestos especiales. La cuestión es si en una sociedad en la que todos los socios intervienen en la administración y determinan por tanto el destino de la empresa es lícito mantener la responsabilidad limitada. Este es el problema general, tantas veces mencionado de conexión entre poder de dirección y responsabilidad patrimonial ilimitada.

En cuanto a la posibilidad de ampliar la responsabilidad de los socios en los supuestos en que estos causen un perjuicio a los terceros sirviéndose de la interposición del ante social la tendencia doctrinal y legislativa parece orientarse cada vez más firmemente en esta dirección.

En la doctrina americana, el privilegio de la responsabilidad del socio y la nota de personalidad jurídica in dependiente de la sociedad han sido objeto de ciertas - restricciones a través de la doctrina de la "disregard of legal entity". Partiendo de la doctrina de la ficción se sostiene que la personalidad jurídica debe entenderse en un sentido puramente instrumental: un medio técnico para que una comunidad de personas puedan perseguir en común fines comunes. La utilización no puede llevar por tanto a la obtención de fines ilegítimos ni al abuso de los institutos legales (282). En caso contrario - se prescinde del ropaje formal de la personalidad jurídica ("piercing the corporate veil") y se sujeta a los - socios a una responsabilidad personal y directa frente a los terceros. En los derechos continentales, en los - que la ley regula el conflicto de intereses entre socios y terceros a través de un sistema de vinculación del patrimonio, de carácter necesario, la aplicación de esta doctrina no ha encontrado el mismo eco que en derecho - americano (283). Ello se explica sobre todo por la fijación del tema de debate en el marco de la relación existente entre capital social y responsabilidad limitada. Los problemas de descapitalización de la sociedad y los abusos que de esta deriven no ponen en causa prima facie el tema dogmático de la personalidad jurídica de la socie

dad sino al de la responsabilidad limitada o ilimitada del socio como sanción a un comportamiento abusivo frente a los terceros(284). El tema se conecta a su vez con el problema de los límites a la prohibición de abuso de las instituciones jurídicas (285). En cualquier caso - hay que tener cuidado con las construcciones que relativizan la figura de las personas jurídicas. Serick ha llamado la atención, a este propósito, sobre el peligro de que "se devalúe el instituto de la persona jurídica en base a una práctica indiscriminada de "penetraciones" y de que se origine como consecuencia de ello, en amplios sectores de la vida económica, una inseguridad jurídica inaceptable" (286).

Las consideraciones anteriores bastan para ver como se presentan en el tráfico sociedades de capitales de carácter personalista o cerrado y cuales son las principales problemas que plantean. De momento puede prescindirse - de ulteriores cuestiones dogmáticas y político jurídicas que serán examinadas más adelante.

CAPITULO SEGUNDO

- El fenómeno de la aticipidad societaria -

A. Orígenes del problema en la doctrina

El tema de las sociedades atípicas se suscita por primera vez en la literatura italiana inmediatamente anterior a la promulgación del Codice Civile de 1.942. Durante la vigencia del C. Com. 1882 existía la convicción, si no unánime al menos ampliamente aceptada, de que las formas de sociedad recogidas en la ley constituían un *numerus clausus* (1). Por consiguiente, -- siempre que el ejercicio colectivo de una actividad societaria tuviese carácter mercantil, los particulares venían obligados a adoptar una de las tres formas sociales previstas en el artº 76 C. Com.: sociedad colectiva, sociedad comanditaria y sociedad anónima. Esta orientación dejaba abierto el problema de las figuras que por vía estatutaria derogasen alguna de las disciplinas típicas o constituyesen un fenómeno asociativo diverso al de las formas enumeradas y regula-

das por el legislador.

La primera toma de posición sobre el fenómeno de las sociedades atípicas se debe a Rocchi en una monografía sobre la quiebra de las sociedades mercantiles - (2). Ocupándose de esta cuestión de forma puramente incidental, Rocchi aborda el tema de la identificación de las figuras atípicas, calificando de tales aquellas sociedades cuya disciplina no responda a ninguno de los esquemas organizativos regulados en la ley así como los supuestos de carácter asociativo que, a pesar de estar legalmente regulados, difieran de los modelos normativos de la operación societaria. Estos, a juicio de Rocchi, son "la associazione di mutua assicurazione a conferimento", "la società di mutuo soccorso", los "consorzi industriali obbligatori", y los "consorzi di cooperative". Esta concepción del fenómeno de la atipicidad societaria, caracterizada por la inclusión bajo una categoría unitaria de valores conceptuales heterogéneos, fué puesta críticamente de relieve por La Lumia en una aportación doctrinal aparecida un año más tarde (3). Con este trabajo y con una ulterior toma de posesión de Rocchi (4) se sientan las bases para un planteamiento independiente de esta problemática.

El pensamiento de La Lumia, que ha inspirado en gran

medida las distintas construcciones dogmáticas sobre el tratamiento de la atipicidad societaria, puede formularse por vía de síntesis así: Todo contrato, para producir efectos jurídicos, debe fundarse en una causa determinada. En el contrato de sociedad la causa consiste en la "finalidad de participar en los resultados económicos de la gestión de uno ó más actos de comercio objetivos" (5). Este elemento causal está reconocido por la ley en tres supuestos específicos - y puede identificarse en razón de la diversa responsabilidad de los socios por las deudas sociales (6): -- responsabilidad ilimitada de todos los socios en la sociedad en nombre colectivo; irresponsabilidad de todos los socios frente a los terceros en la sociedad anónima; combinación de responsabilidad ilimitada e irresponsabilidad en la sociedad comandataria (7).

Como consecuencia de la inserción del régimen de responsabilidad en la causa del contrato de sociedad habrán de considerarse innominados, es decir, funcionalmente atípicos, todas aquellas figuras cuyo régimen de responsabilidad sea incompatible con el de los tipos sociales regulados. Decisivo es en este sentido - que las alteraciones convencionales al régimen de la responsabilidad sean inconciliables con la disciplina legislativa. Esto sucederá en opinión de La Lumia --

Siempre que la totalidad de los socios asuma una responsabilidad limitada a una suma de dinero (8). En los casos en que, por el contrario, estos pactos sociales no incidan sobre la identidad legal del tipo estaremos en presencia de sociedades típicas con cláusulas atípicas. Tal sería el supuesto en que los socios colectivos, conservando de forma general el carácter ilimitado de su responsabilidad frente a terceros, asumen una responsabilidad limitada o dejan simplemente de responder del resultado de determinados negocios ó operaciones sociales (9).

La calificación de una sociedad como atípica no se hace por amor de perfeccionismo lógico. La consecuencia más importante que deriva de este fenómeno es la imposibilidad de que contratos de esta naturaleza puedan dar vida a sociedades mercantiles dotadas de personalidad jurídica. En este caso se produce entre los contratantes un puro y simple estado de comunidad (10). Esta conclusión, atribuida tradicionalmente a La Lumia, no encaja prima facie en el pensamiento de este autor. Si hemos entendido correctamente, lo que La Lumia sostiene es que los particulares pueden configurar libremente el régimen de las acciones y obligaciones sociales con efectos inmediatos frente a terceros. De ahí no se deriva necesariamente que los fenómenos -

de atipicidad societaria estén sometidos por regla general, a un régimen jurídico en que los bienes sociales se encuentran en una situación de comunión. Esta afirmación presupone una posición jurídica en la que el mecanismo de imputabilidad de ella derivado, estaría en contraposición no solo al régimen establecido para los tipos legales sino sobre todo al que los particulares se hayan propuesto introducir (11). La falta de personalidad jurídica no debe acarrear automáticamente un régimen determinado de responsabilidad sino sólo aquel que las partes hayan convenido expresamente. Creo que esta doctrina debe interpretarse en los términos que acaban de indicarse.

En su réplica a La Lumia, Rocchi reitera con mayor rigor que en la primera aportación, su punto de vista sobre la atipicidad. Aceptando en líneas generales las conclusiones de La Lumia, especialmente la posibilidad de que los socios puedan modificar con efectos frente a terceros el régimen legal de responsabilidad, subraya la conveniencia de distinguir para cada figura societaria entre esquema causal -que denomina "nomen"- y tipo o modalidad de contrato. Las alteraciones del régimen de responsabilidad que sean incompatibles con el previsto en la ley para cada sociedad en particular dan lugar al nacimiento de formas atípicas.

Estas sociedades son atípicas en relación a las modalidades societarias del catálogo legal pero no lo son respecto del "género" sociedad. En todos estos supuestos y a pesar de las desviaciones sigue existiendo un contrato (nominado) de sociedad y consiguientemente las formas atípicas están dotadas de personalidad jurídica (12). Independientemente de ello, existe también atipicidad por desviación del fin cuando este -- tenga una cualificación especial (13).

En conclusión puede decirse que el tratamiento jurídico de la atipicidad se articula en la doctrina que estamos examinando sobre tres puntos fundamentales: Alcance de la causa como criterio identificador de formas sociales singulares; identificación de la causa -- del contrato con el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales; posibilidad de modificar este régimen a través de pactos sociales de carácter privado. Con esto se sientan las bases para un -- tratamiento doctrinal de los fenómenos atípicos. Veamos a continuación como ha sido resuelta esta cuestión en la doctrina y legislación comparadas.

B. El tratamiento de la atipicidad societaria
en derecho comparado: directrices legislati
vas

I. Derecho italiano

El tema de las sociedades atípicas presenta en el derecho italiano vigente aspectos sumamente problemáticos debido a la situación normativa creada en el Codice Civile de 1942. Para hacerse cargo de esta cuestión conviene examinar, siquiera sea brevemente, los textos legales aplicables a esta materia. La disciplina básica se encuentra recogida en el artº 2247 C. Civile -- que considera el acto constitutivo de la sociedad expresamente como un contrato, sometido por tanto a las reglas generales aplicables a toda clase de contratos y en particular a la norma contenida en el artº 1322 C. Civile, que reconoce la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito jurídico-obligacional. Este postulado fundamental del derecho privado, que el artº 1322 denomina autonomía contractual, se traduce en dos facultades esenciales: en primer lugar la posibilidad de determinar libremente el contenido de los contratos que componen el catálogo legal --supuesto acuñado en la terminología jurídica alemana con la expresión "inhaltliche Gestaltungsfreiheit" y al que se refiere el artº 1322 párrafo primero--; en segundo término, libertad de creación de nuevas figuras contractuales distintas de las legalmente previstas y

reguladas ("Typenfreiheit"). Al referirnos en el apartado anterior a la doctrina de la atipicidad societaria, tal como este tema se ha planteado en la doctrina anterior al Codice Civile, hemos señalado que la orientación seguida a partir de 1942 es básicamente la de atribuir a la función el carácter de elemento tipificador de los supuestos de naturaleza contractual. La unanimidad con que viene recogida esta doctrina hace innecesario de momento un examen más detenido sobre este tema (14).

La cuestión básica con que se enfrenta el derecho italiano vigente estriba en la existencia, junto a los arts 2247 y 1322 C. Civile, de la norma contenida en el artº 2249 de este cuerpo legal, que introduce en derecho de sociedades un sistema de "tipicidad taxativa" (15). El contenido de este artículo, que tiene carácter imperativo, puede formularse en los términos siguientes: el legislador ha elaborado para el ejercicio de actividades societarias una pluralidad de esquemas de disciplina. Cuando el objeto de la sociedad sea el ejercicio de una actividad comercial, la elección está limitada a las formas mercantiles mencionadas en el apartado I, es decir, sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad por acciones, sociedad comanditaria por acciones y sociedad de res-

ponsabilidad limitada. Cuando la actividad societaria tenga carácter civil las partes pueden adoptar la sociedad simple como tipo específicamente creado para este género de actividad o cualquiera de los esquemas societarios que la ley pone a disposición para el ejercicio de actividades mercantiles. Los particulares pueden por tanto elegir, dentro de estos límites, la sociedad del catálogo legal que mejor responda a sus necesidades. No están autorizados sin embargo para concluir contratos de sociedad diversos de los tipos dotados de una disciplina particular. El fundamento de la derogación del principio de autonomía contractual se encuentra en el hecho de que la libertad que el ordenamiento jurídico concede a los particulares en el artº 1322, no se extiende a todo el campo del derecho de obligaciones sino únicamente al sector de negocios jurídicos destinados a tener eficacia entre las partes contratantes. Cuando un negocio despliega su efecto frente a terceros -lo cual es una de las características peculiares del contrato de sociedad- entonces, en garantía de ésto y por razones de seguridad del tráfico, solo pueden adoptarse alguno de los esquemas expresamente establecidos por el legislador (16). Los tipos de sociedad constituyen en derecho italiano un *numerus clausus* lo cual significa

que el camino para la creación por los particulares - de nuevas formas societarias está cerrado.

La existencia de un *numerus clausus* no significa que los tipos de sociedad recogidos en la ley sean rígidos, es decir, que estén configurados de tal forma - que no sea posible modificar su contenido y adaptarlo a las necesidades de la práctica. Junto al principio de libertad de elección admite la ley la posibilidad de determinar libremente el contenido de las sociedades típicas. En este sentido se habla de sociedades - típicas ~~o~~ cláusulas atípicas (17). Alrededor de este tema se plantean diversas cuestiones relacionadas con - el juego de los conceptos jurídico-sociales, concretamente, con la naturaleza ~~y~~ carácter de estas cláusulas, distinción entre atipicidad y elementos atípicos por una parte y acto típico con cláusulas atípicas por otra, las cuestiones de política jurídica relativas - al contenido y límites de las cláusulas atípicas.

Si se examina desde un punto de vista crítico la posición de la doctrina italiana el resultado al que se - llega no puede considerarse satisfactorio. A este respecto conviene por vía de síntesis las siguientes observaciones: en derecho italiano falta en primer término una concepción unívoca del fenómeno de las sociedades atípicas. Ello se debe probablemente a que en -

la construcción legislativa no existe un criterio que permita determinar con una seguridad mínima cuando un supuesto determinado es típico ó atípico. El problema de la atipicidad se configura unas veces como punto de intersección entre disciplina típica y actividad negocial (18); otras veces se ponen en juego consideraciones que afectan directamente a la identidad misma de la función societaria, como sucede por ejemplo con -- las sociedades internas y con las ocasionales (19). -- Esta insuficiencia de la disciplina legal se acentúa cuando se trata de señalar los límites para la crea-- ción de cláusulas atípicas. Los autores que se han -- ocupado de este tema llaman la atención únicamente sobre el hecho de que estas cláusulas no deben atentar contra los elementos esenciales de la estructura normativa que caracteriza el tipo. Hasta aquí es claro. Las dificultades surgen cuando se trata de concretar los criterios normativos de identificación de los tipos, la inderogabilidad de los cuales se encuentra -- sancionada en el artº 2249 C. Civile. Es aquí donde -- se plantean las mayores dificultades ya que el tema -- de la "tipicidad societaria" y con él el de los fenó-- menos atípicos está todavía por hacer en derecho italiano. Los elementos de identificación de las formas sociales se han determinado tradicionalmente a través

de las normas que interesan la esfera de los terceros, principalmente las relativas al régimen de la responsabilidad por las obligaciones sociales y al régimen de circulación de las participaciones sociales (20).

A la cuestión anterior viene conectado el problema de saber qué elementos, entre los dotados de carácter tipificador, son susceptibles de ser modificados convencionalmente por las partes. En la doctrina más reciente se ha sostenido que, de los dos núcleos de disciplina presentes en las formas de sociedad -el relativo a la participación de los socios en el ejercicio de la actividad común y en los resultados (relaciones jurídicas internas, denominación que expresa una terminología generalmente admitida) y el relativo a la relevancia real de la operación societaria (relaciones externas)- solo el primero tiene carácter negocial. El problema de la determinación de los criterios tipificantes, con relevancia para los supuestos de sociedades típicas con cláusulas atípicas, se reduce por consiguiente a saber en qué medida puede ser adscrito a los esquemas legales que disciplinan la participación del socio en las relaciones internas, un valor identificante (21).

El temario que acabamos de exponer ha pasado prácticamente inadvertido en la doctrina italiana la cual si--

gue abordando los problemas derivados de la atipicidad con los mismos argumentos que la dogmática anterior al Codice Civile.

Las sanciones previstas por el ordenamiento para el caso de alteraciones cotractuales o estatutarias que entrañan una deformación de la forma social podrían -- orientarse de acuerdo con el contenido del artº 2249, en una doble dirección: nulidad de la cláusula atípica en todos aquellos supuestos en que la norma no autorice expresamente esta desviación o carencia de efectos reales de la operación misma. La conversión en sociedad simple, como ha sido sostenido por un sector de la doctrina (22), no parece que podría conciliarse en derecho italiano con el ejercicio de una actividad mercantil dada la inadecuación del régimen jurídico externo de esta figura a las exigencias del tráfico, que -- pide seguridad y rigor.

La hipótesis que aquí interesa contemplar es fundamentalmente aquella en que la forma social elegida es modificada únicamente en el sector de normas de carácter dispositivo. Pero en este caso puede suceder que la modificación de la estructura modificativa sea tal que -- quepa preguntarse sobre la existencia de un fraude o -- abuso de la forma jurídica con que la ley reviste los diferentes esquemas societarios típicos. Para evitar --

la profusión de figuras con rasgos procedentes de tipos diversos se ha avanzado la propuesta de someter los estatutos de ciertos tipos de sociedad a un control preventivo semejante al que la ley establece para las sociedades anónimas. El acto constitutivo, que ha de ser depositado en el registro de empresas para su inscripción (art. 2330 C. Civile) es examinado previamente -- por el Tribunal que lo somete a un control de legalidad. Este control tiene por finalidad verificar el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la constitución de la sociedad, tanto en sus aspectos formales como de fondo (23). Con este sistema de "Omologazione" se persigue mantener una exacta correspondencia entre los estatutos y las formas legales de sociedad. Por esta vía podrían además "recuperarse" todos los -- contratos de contenido atípico, a los que no sea aplicable la disciplina legislativa normal.

De acuerdo con la concepción que acaba de exponerse el sistema tutelar de los intereses del tráfico y de los terceros queda articulado en derecho italiano a través de medidas técnicas que se orientan en una triple dirección: exclusión de las sociedades atípicas, sistema de homologación y por último intervención de la disciplina de los tipos legales frente a los terceros contratantes (reglas sobre la publicidad de los poderes de representación), frente a los acreedores (reglas sobre la autonomía patrimonial en las sociedades de personas y sobre el capital, la responsabilidad de los administradores y el control interno en las sociedades de capitales) (24).

Las directrices generales del derecho italiano, en orden a la tipicidad societaria han de entenderse en el sentido de exclusión, en virtud del principio de tipicidad del art. 2249 C. Civile, de todo supuesto de atipicidad que comporte la creación de figuras no comprendidas en el catálogo legal. La autonomía contractual se traduce según esto en la posibilidad de adoptar el esquema societario legal que sea apto para satisfacer las necesidades del caso concreto. Este postulado general, aceptado por la doctrina de forma unánime, tiene un carácter programático y no resuelve los problemas que el fenómeno de la atipicidad plantea. La adopción de una sociedad significa la reproducción por el interesado de los elementos constitutivos del supuesto de hecho tenido en cuenta por el legislador. El primer paso será pues individualizar cuales son estos elementos, cuestión a la que no se ha prestado en derecho italiano la debida atención. La doctrina sigue anclada en la concepción tradicional de la causa sin que los aspectos organizativos y estructurales hayan sido adecuadamente regulados. Ello explica que sea frecuente utilizar indistintamente los términos "contrato atípico" y "sociedad atípica", confundiendo con ello -- realidades conceptuales diversas. Esta falta de precisión luce sobre todo en la disciplina de las "sociedades típicas con cláusulas atípicas". Al faltar aquí -- criterios claros de identidad, el problema se centra en la distinción entre figuras típicas con cláusulas atípicas y figuras atípicas. El tratamiento de este tema presupone una revisión metodológica de la orienta--

ción tradicional, aspecto este que constituye el objetivo esencial de este trabajo (25).

II. Derecho suizo

En derecho suizo no existen como en el ordenamiento italiano preceptos que aborden directamente el tema de la atipicidad societaria. El examen de esta problemática ha sido realizado por la doctrina y la juris--prudencia. La evolución del pensamiento jurídico en este sector ofrece particular interés por lo que merece la pena recoger los trazos esenciales del mismo.

El problema se ha centrado desde un principio en la cuestión de la libertad concedida a los particulares para asociarse y promover en común la realización de fines colectivos. Antes de que se dictase la vigente Constitución Federal y antes incluso de que el derecho mercantil se unificase con el derecho civil dando lugar al Código Federal de las Obligaciones de 1882 (OR), la mayoría de los derechos cantonales subordinaban la creación y existencia de las sociedades a una autorización previa de las autoridades, el llamado sistema de concesión (Konzessionsystem) (26). A lo largo del siglo XIX esta orientación fué sustituida primero por

un sistema de registro obligatorio (System des Registerzwanges) y más tarde, con la entrada en vigor del Código Civil por un sistema de libertad de asociación. Esta orientación legislativa respondía a los nuevos principios constitucionales (27) según los cuales los particulares estaban facultados para crear y explotar empresas comerciales e industriales bajo la forma jurídico-societaria más adecuada a sus necesidades. Esta ha sido también la tendencia seguida en la última revisión del derecho de sociedades en 1936 (28).

Las declaraciones programáticas del derecho vigente no pueden entenderse en términos absolutos. Por un lado la constitución de sociedades sin necesidad de una autorización previa de los poderes públicos no es posible cuando se trate de actividades realizadas en sectores económicos de interés nacional (sectores de seguros, bancos, transportes e industria relojera) (29); por otro lado las sociedades no sometidas a esta formalidad quedan obligadas en todo caso a la observancia de las reglas materiales y formales relativas a su constitución (normativsystem) de ahí que se haya afirmado que en el ordenamiento suizo rige un sistema de "libertad reglamentada" (30). La cuestión que aquí interesa estudiar es la de si esta libertad de asociación, en los términos que acaban de exponer-

se, permite a los particulares, en el marco de sus actividades mercantiles, crear esquemas societarios nuevos o si existen por el contrario un *numerus clausus* de sociedades. La mayoría de la doctrina se ha pronunciado resueltamente en favor del *numerus clausus* (31) con argumentos que en lo fundamental coinciden con -- los recogidos en derecho italiano. La idea central es que el derecho de sociedades entran en juego intereses que exceden de la esfera jurídico personal de los socios. Razones de seguridad del tráfico y protección de los terceros explican la necesidad de someter esta actividad a las previsiones legislativas (32).

La existencia de un *numerus clausus* significa que la -- autonomía contractual se reduce a la libertad de elegir de entre los tipos sociales legalmente regulados -- aquel que mejor se adapte a las necesidades personales y, en segundo término, la posibilidad de configurar el contenido de esta figura según las exigencias del caso concreto. Esta facultad, orientada en la doble dirección que acaba de indicarse ha sido configurada en derecho suizo de forma sumamente restrictiva. La libertad de elección se entiende dominada por el principio de la "*Gesetzliche Typenbindung*". Con ello quiere decirse que las fórmulas legislativas no son esquemas -- intercambiables aptos para servir a cualquier fin sino

que cada forma de sociedad está pensada para servir a fines específicos. A cada figura típica corresponde una función típica; no cabe según esto aplicar los esquemas societarios a fines diversos de los que el legislador ha previsto para cada una de estas figuras. El grado de conexión entre "forma" y "fin" no es el mismo en todas las sociedades del catálogo legal. En unos casos, como sucede en las asociaciones, se trata de un lazo muy estrecho. Así el artº 60 I ZGB establece que solo pueden constituirse para la realización de fines ideales. Lo mismo cabe decir respecto de las cooperativas, cuya constitución está limitada por el artº 828 OR a la promoción o garantía de los intereses económicos de sus asociados mediante la colaboración de todos sus miembros. En otros supuestos la relación entre forma social y fin típico es más flexible: las sociedades colectiva y comanditaria están orientadas al ejercicio de una actividad mercantil, siempre que no se trate de alguno de los supuestos expresamente mencionados en los arts. 553 y 595 OR. A través del recurso técnico de la fijación de los tipos (*Typenfixierung*) (33) se persigue mantener la unidad funcional entre forma social y contenido típico, especialmente por lo que al "fin" se refiere (34). A partir de la revisión de 1936 la doctrina y jurisprudencia suiza han evolucionado hacia posiciones más ra

dicales. La tendencia dominante en la actualidad es configurar los tipos de sociedades con la misma rigurosidad que en el sector de los derechos reales, quedando notablemente reducida la esfera de elección de los particulares.

Esta misma tendencia aparece de forma mucho más decidida respecto de la determinación del contenido del contrato. Aquí el problema se completa como ya sabemos en si junto a los límites generales derivados de la existencia de un *numerus clausus* y los particulares que la ley impone a cada figura societaria existen todavía elementos correctores del principio de la autonomía privada en el ámbito del llamado derecho dispositivo. La evolución de la doctrina suiza se caracteriza por un progresivo distanciamiento del principio de la "*Gestaltungsfreiheit*" (36).

Las fórmulas para justificar esta orientación restrictiva son diversas. En primer término se ha sostenido la existencia en derecho suizo de una "tipicidad societaria" por virtud de la cual habría que excluir la posibilidad de modificar arbitrariamente la disciplina legislativa de carácter dispositivo en cuanto estas normas han sido dictadas en atención a una situación de intereses típica, que no puede ser objeto de alteración negocial por las partes (37). Esta concep-

ción según la cual las reglas de carácter dispositivo expresan en un cierto grado la esencia del tipo social y en particular que el binomio poder de dirección-responsabilidad tiene carácter institucional, no ha encontrado en la doctrina el eco esperado (38). El problema de las desviaciones del esquema típico en el ámbito de las relaciones jurídicas internas ha sido tratado prevalentemente desde el punto de vista de la doctrina del abuso de derecho. Esta situación de abuso se produciría a través de una utilización fraudulenta de las fórmulas societarias ofrecidas por el legislador. La influencia del pensamiento jurídico alemán en este sector ha sido muy acusada (39).

El fenómeno de la atipicidad societaria como posibilidad de invención de nuevas figuras por los particulares no tiene espacio dentro del ordenamiento suizo. El problema se limita por tanto al supuesto de sociedades que satisfacen los requisitos mínimos de las formas legales pero que sin embargo se apartan de la disciplina prevista en la ley para estos modelos organizativos en lo que tienen de dispositivo. La preocupación dominante es la de evitar la proliferación de estas situaciones ya que existe el peligro de deformación de las instituciones legales.

El problema de las figuras atípicas ha sido abordado

En la doctrina suiza en dos direcciones. Por un lado se ha impulsado notablemente la investigación tipológica, configurándose el derecho de sociedades sobre bases de esta naturaleza. Este esfuerzo tiene por -- fin dar una imagen estructural homogénea de la realidad jurídico societaria y abrir el camino para la interpretación y aplicación del derecho positivo a una realidad cambiante. Prescindiendo de las objeciones que este método pueda suscitar (40) es indudable que constituye una aportación importante en orden a una revisión metodológica actualizada de esta disciplina. Lo que sucede es que toda construcción tipológica presupone en derecho de sociedades una investigación previa dirigida a determinar los rasgos de identidad de cada forma societaria. Este estudio, al menos en derecho suizo, no ha sido todavía realizado ; sin embargo, al hilo de este análisis, se han destacado los factores de corrección existentes en el ordenamiento para prevenir los abusos derivados de la atipicidad. En particular se ha llamado la atención sobre la alternativa entre transformación automática de la sociedad, por virtud de la cual se haga efectiva la correspondencia entre forma externa y contenido o la declaración de que en la forma inscrita en el registro la sociedad no existe y por tanto debe -

disolverse o regularizar su situación (41).

La solución de la transformación automática debe rechazarse por las consecuencias que se derivarían para socios y terceros. El problema se plantea basicamente respecto de la segunda hipótesis. Aquí las particularidades del sistema registral suizo juegan un papel decisivo. El artº 60 de la Ordenanza del Registro previene que cuando una inscripción no se ajuste a la situación de hecho, el funcionario requerirá a los interesados para que estos inscriban las modificaciones necesarias o en su caso cancelen la inscripción. Cuando el requerimiento del encargado del registro no sea atendido la cancelación se producirá de oficio.

La fórmula anterior, que es la propuesta por la doctrina más autorizada, tropieza con dificultades prácticas, derivadas de la dificultad de investigar en qué medida las sociedades no responden en su actuación a las disposiciones del tipo legal. El artº 940 OR, al imponer al funcionario del Registro la obligación de examinar si la sociedad, cuya inscripción se solicita, satisface ó no las exigencias legales mínimas, abre una vía de control preventivo para el mantenimiento del *numerus clausus* -solo las sociedades del catálogo legal tienen acceso a la protección registral- pero no permite una investigación de oficio sobre las des-

viaciones introducidas en el contrato social. Salvo - que se trate de una utilización notoriamente abusiva del tipo social -lo cual no será frecuente- las facultades de cognición de estos funcionarios no les permiten imponer una reestructuración del supuesto de hecho o su cancelación. Con un criterio más amplio que el de los Tribunales la doctrina se ha pronunciado en favor de una interpretación extensiva de las facultades de los funcionarios del Registro en esta materia (42).

III. Derecho alemán

La atención que se ha prestado en derecho alemán al problema de la autonomía contractual en derecho de sociedades y la importancia de las aportaciones doctrinales de estos últimos años hacen conveniente un examen más detenido de las características de este ordenamiento. Razones de carácter expositivo aconsejan -- además hacerlo así. La exposición analítica de las corrientes doctrinales en este sector nos van a permitir sentar las bases para una revisión crítica de este temario.

El estudio de los límites de la libertad contractual en derecho de sociedades arranca de consideraciones de tipo constitucional y sistemático. Por un lado la concepción de la autonomía contractual como una manifestación del principio de libre autodeterminación del sujeto jurídico, que constituye uno de los valores esenciales de las leyes fundamentales alemanas y del ordenamiento privado de este país (43). Por otro lado el hecho de que el contrato de sociedad se encuentre regulado dentro del derecho de obligaciones (capítulo VII del Libro II del BGB, artº 705 Ss.), - sometido por tanto con carácter general a la norma sobre libertad contractual recogida en el párrafo 305 BGB. Estos dos factores han contribuido a que un amplio sector de la doctrina y una jurisprudencia -- reiterada~~n~~ hayan examinado este problema aplicando al contrato de sociedad los mismos criterios de valoración que a las restantes figuras contractuales.

La formulación del principio de libertad contractual recogido en el BGB expresa por vía de síntesis una pluralidad de facultades singulares que la doctrina ha concretado en los siguientes términos: libertad de celebración del negocio jurídico (Abschlussfreiheit), libertad de elección del contratante (Partnerwahlfreiheit) y de determinación del contenido --

(inhaltliche Gestaltungsfreiheit), libertad para solicitar su revocación (Aufhebungsfreiheit), libertad para decidir la forma de celebración del negocio (Formfreiheit) (44). La autonomía negocial no queda sometida según esto a otros límites que los establecidos -- con carácter general por el derecho de obligaciones: sujeción a las normas de derecho necesario, no ir contra la moral ni las buenas costumbres (138 BGB) (45), cumplimiento según el principio de la buena fe (242 - BGB). La ideología liberal de esta orientación tiene su origen en los principios que habían inspirado toda la legislación mercantil del siglo XIX y en particu--lar la disciplina del derecho de sociedades recogida en el ADHGB (46).

El juego del principio de libertad contractual, concebido en los términos que acaban de indicarse, ha dado lugar en derecho de sociedades a sucesivas rectificaciones cuyos trazos fundamentales vamos a recoger a - continuación.

En una primera fase preocupan sobre todo los aspectos de carácter sistemático relativos a la oportunidad de equiparar el contrato de sociedad a las restantes figuras del derecho de obligaciones. A esto se añaden - consideraciones de índole político jurídica tales como la efectividad de los límites legales a la autono-

mía de libertad cuya determinación y contenido estaban lejos de una regulación precisa (47).

En segundo término -y este es el punto que ahora interesa- estaba el problema técnico de conciliar una norma de libertad tan ampliamente concebida con las exigencias del tráfico mercantil en el que junto a los intereses de los socios entraban en juego otra clase de intereses. En esta época la atención se centraba exclusivamente en los intereses de los terceros. Para poder tutelar este núcleo de intereses sin modificar la naturaleza individualista y jurídico-obligacional del contrato de sociedad se arbitraron dos recursos técnicos: la exclusión del ámbito de la libertad contractual de la posibilidad de crear nuevas figuras de operación societaria -cuestión a la que ya nos hemos referido al ocuparnos de los anteriores ordenamientos y sobre la que volveremos más adelante- y separación estricta entre las relaciones jurídico-sociales de los socios con la sociedad y las existentes entre esta última y los terceros. En las primeras -relaciones jurídicas internas- se concedía a los particulares amplias facultades para configurar el contenido de sus relaciones jurídicas y para modificar los esquemas organizativos legales según las necesidades en juego (109, 161 II HGB). Ello --

resultaba técnicamente posible gracias al carácter dispositivo de las normas legales en este sector, aspecto este último sobre el que la doctrina y la jurisprudencia tradicionales no se plantearon ningún problema -- (48). El sector de las relaciones internas es por tanto la zona donde se han venido planteando las cuestiones fundamentales de la atipicidad societaria hasta el punto de que el término autonomía contractual ha venido a significar, casi exclusivamente, libertad de configuración del contenido del contrato (49).

Para atender los intereses de los terceros y garantizar la seguridad del tráfico el legislador ha establecido una estricta regulación de las relaciones jurídicas externas. Los puntos fundamentales son dos: responsabilidad patrimonial limitada o ilimitada como medio de protección de la confianza de los terceros. En el primer caso el sometimiento de los socios a una responsabilidad de carácter personal opera como un mecanismo de sustitución de medidas coercitivas legales destinadas a asegurar la conservación del capital social. Entre relaciones externas e internas no existe en la concepción legislativa ninguna conexión funcional. Las -- primeras operan como normas formales de protección y -- por consiguiente no inciden sobre la libertad material concedida a las partes para organizarse internamente;

las segundas tienen por el contrario una finalidad puramente organizativa.

No hay en derecho alemán un precepto que imponga coactivamente la existencia de un número cerrado de sociedades mercantiles. En la doctrina es unánime sin embargo la opinión de que los particulares no pueden inventar nuevas formas societarias sino elegir entre las ya existentes. La finalidad perseguida es básicamente el delimitar un amplio espacio de actividad sustraído a la voluntad de los particulares, haciendo inderrogables las normas que lo regulan. Como más adelante veremos de estas normas inderrogables deriva el carácter individualizador de las mismas, según afirma la doctrina dominante, y con ello se intenta demostrar la existencia de un *numerus clausus*. El razonamiento encierra en mi opinión un vicio de origen en el sentido de que no es el carácter inderogable de una norma lo que da a esta su valor como elemento de identificación sino al revés, el ser un rasgo de identidad es lo que decide en definitiva sobre su inderogabilidad (50).

Pues bien, la afirmación de la existencia de un *numerus clausus* de sociedades mercantiles y la restricción del principio de libertad contractual al ámbito de las relaciones jurídicas internas no han bastado sin embargo

para cubrir las exigencias de justicia material del contrato ni para prevenir posibles abusos y deformaciones de las formas legales de sociedad. La radical separación entre relaciones internas y externas ha determinado técnicamente la ruptura entre forma social y contenido, hasta el punto de hacer posible la realización bajo una determinada denominación social de actividades económicas organizadas al margen de la disciplina legal. La concepción dogmática de las formas societarias como tipos "abiertos" susceptibles por tanto de modificaciones estructurales (51) y el respeto a libertad concedida a las partes por el ordenamiento ha impedido durante algún tiempo una evolución del pensamiento jurídico hacia posiciones más restrictivas. La doctrina se limitaba a vagas declaraciones programáticas tales como el no abuso de las formas sociales o el respeto a los elementos del tipo sin una determinación precisa del significado de estas expresiones.

El impulso decisivo ha sido dado basicamente con ocasión de la revisión de la libertad contractual a través de una serie de trabajos referidos prevalentemente al tema de las condiciones generales de contratación (52). En razón de la existencia de un interés público en la prohibición de cláusulas que regulen los

intereses de las partes sin consideración a las exigencias de justicia material del contrato se ha permitido de forma progresiva el establecimiento de un sistema de "controles del contenido de la relación contractual", que va más allá del previsto en los -- parágrafos 134 y 138 BGB. Esta transformación de la función del contrato, que desde una posición de crítica a la ideología liberal de la libertad contractual ha transitado a una concepción en la que dominan las aspiraciones sociales de justicia material, hoy ampliamente extendida en el tráfico (53), ha tenido una influencia notable en derecho de sociedades. Aquí el problema consiste lo que en la terminología alemana se denominan "límites inmanentes de la libertad contractual" (inmanente Grenzen der Vertragsfreiheit) (54). Con este término se quiere expresar la existencia de límites que no derivan directamente de mandatos legislativos concretos sino de principios generales, los cuales inspiran la normativa legal de este sector. Estos elementos restrictivos de la autonomía de libertad se encuentran unas veces dentro -- del derecho de sociedades -- como por ejemplo la naturaleza de una determinada institución, los rasgos -- configuradores del tipo societario. Por lo general -- proceden de otros sectores ajenos al derecho de so--

ciedades. Tales son las consideraciones dogmáticas generales sobre la función del derecho dispositivo y -- sus efectos vinculantes; la concepción del derecho de sociedades bajo ideas del derecho económico o de carácter jurídico-público (teoría institucional).

En el estudio actual de esta evolución la cuestión -- viene planteada de la forma siguiente: dada la dificultad de abordar con los criterios tradicionales el problema de la deformación y abuso de las formas jurídicas de sociedad, el temario de los límites a la libertad contractual se examina desde dos ángulos: la necesidad de configurar el derecho dispositivo como un -- sector normativo dotado de un cierto contenido vinculante, no susceptible de modificaciones arbitrarias -- por los particulares; y la necesidad de introducir -- una nueva concepción de la autonomía negocial societaria por medio de los llamados "límites inmanentes" a que acabamos de referirnos. Dentro de estos últimos se agrupan diversas construcciones dogmáticas cuyos -- trazos caracterizadores no se presentan todavía con -- suficiente nitidez.

A la tarea de reconstrucción crítica de la libertad -- contractual se ha consagrado una parte importante de los esfuerzos dogmáticos de los últimos años. La doctrina se orienta en dos direcciones. En primer térmi-

no se examina si la regla de autonomía privada permite a los socios crear formas societarias nuevas -principio de libertad de tipos (que de acuerdo con la terminología aquí adoptada habría de denominarse principio de libertad y de formas)- y si en este sector existe un margen para la tipicidad en el sentido de libertad de configuración del contenido, cuando este difiera radicalmente de la disciplina legal, así como de la licitud de estos pactos. En segundo lugar hay que determinar en que casos la modificación de normas legales singulares choca con principios fundamentales del derecho de sociedades, cuales son estos principios y donde encuentran su legitimación.

El tema al que vamos a referirnos es el segundo. Punto de partida del mismo es la existencia en derecho alemán de un *numerus clausus* de formas de sociedad y la vinculación a este principio de una "Typenzwang" cuya rigidez inicial ha sido progresivamente suavizada. Es en esta construcción donde se destaca la presencia -- por la doctrina de elementos de carácter institucional recogidos en la ley cuya inservancia da lugar a un abuso de la institución (*Institutionenmissbrauch*), de los principios ordenadores y de justicia material (*Ordnungs- und Gerechtigkeitsprinzipien*), los cuales derivan de principios y reglas generales del sector -

jurídico-privado así como ciertos postulados de la -- llamada constitución económica (Wirtschaftsverfassung). Todas estas aportaciones tienen en común la finalidad de someter la libertad contractual a consideraciones -- tales como la esencia, el tipo o la institución de la sociedad. El temario, como puede verse propone una revisión radical del significado del derecho dispositi-vo. Veamos este tema en primer lugar.

1. Contenido vinculante del derecho dispositivo

El problema de los límites a la libertad contractual -- se ha identificado tradicionalmente con el tema de la determinación de las normas de derecho necesario. Dentro del derecho de obligaciones la cuestión se limitaba a determinar los criterios adecuados para individualizar esta clase de normas. La situación es por vía de síntesis la siguiente: por un lado están las normas en las que aparece expresamente recogido el carácter imperativo del mandato legal --sujeción a ciertos requisitos de formas, imposición de una determinada actividad (133 III HGB), declaración de nulidad de ciertos comportamientos jurídicos (248 BGB)- y normas en las

que el intérprete debe acudir a la "ratio legis" para juzgar sobre la naturaleza de la disposición (por -- ejemplo el 400 BGB cuya finalidad es garantizar a -- los contratantes una esfera mínima de libertad decisoria). Esta clasificación ha sido completada más tarde con la distinción entre "límites fijos" y "límites -- fluctuantes" de la libertad contractual (festen und -- beweglichen Schranken der Vertragsfreiheit) (55). En el primer caso quedan comprendidos todos aquellos su puestos legales que ponen al derecho de autodeterminación de los particulares específicos cauces de compor tamiento jurídico negocial. Estos límites vienen esta blecidos a través de fórmulas conceptuales clasificatorias, de carácter generalmente abstracto. El inter prete dispone en tales casos de un escaso margen ya -- que se ve obligado a aplicarles en base a sus propias personales valoraciones. Los límites variables, por -- el contrario, requieren para cada caso singular una -- decisión valorativa autónoma que permite un control -- del negocio jurídico en el plano de justicia material del contrato. Tales son por ejemplo los principios de la buena fe o de las buenas costumbres (56). En ambos supuestos las fuentes "valorativas" son en todo caso las concepciones generales de carácter moral y etico - jurídico, que al aplicarse a la situación típica de --

Intereses dan lugar a las llamadas "cláusulas generales". El significado de estas cláusulas ha sido destacado con particular detenimiento en la literatura jurídica alemana (57). Aquí el problema estriba básicamente en la elaboración de criterios adecuados para distinguir en cada caso concreto cuándo el supuesto de hecho se sitúa fuera de los límites cuyo contenido ha de determinarse al margen de la ley.

El tema del contenido vinculante del derecho dispositivo se sitúa más allá de esta problemática. La cuestión que aquí se plantea es la de saber si, además de las normas de derecho necesario -en su doble proyección de límites fijos y fluctuantes- existen en el ordenamiento legal principios ordenadores y de justicia material, contenido en normas de carácter dispositivo. La doctrina ha examinado este problema en conexión a las distintas categorías de normas dispositivas y en especial a las llamadas "normas de interpretación complementaria" (ergänzende Vertragsauslegungsnormen) - (58).

El problema de fondo se centra en determinar cuándo - los principios legales de carácter dispositivo colman una laguna de la regulación legal. Más concretamente: Si esta función se realiza solo cuando la concepción de la estructura de la relación jurídica que subyace

a estos principios coincide con la del supuesto de hecho concreto o si también se realiza cuando entre la lex privata y la lex dispositiva existen diferencias que hacen sospechar que se trata de una transgresión de los principios generales de la buena fé ó las buenas costumbres. Esta cuestión, examinada sobre todo - en relación con los llamados tipos innominados y con los supuestos atípicos (59) ha servido para poner de relieve que el ordenamiento no configura los singulares institutos jurídicos como actos de naturaleza privada autónoma sino que a través de ellos ha vertido - principios fundamentales para una justa ordenación del tráfico privado. Como ha señalado Raiser (60) las normas dispositivas no tienen frente al fenómeno de la - libertad contractual un carácter neutro sino que constituyen una forma de objetivación de la idea jurídica (Rechtsidee) en el seno de la comunidad política. De esta idea derivan los parámetros de valoración para - poder juzgar de una forma quasi-programática sobre -- las desviaciones permitidas por la ley.

La idea central de esta orientación que venimos examinando está en la afirmación de que la ley realiza, en parte de forma general y en parte de modo específico, una función de control sobre la justicia material de la relación contractual. Esta función opera basicamen

te en aquellos supuestos en los que, debido a especiales circunstancias de hecho, el contrato no realiza la tarea de garantizar una justa regulación de los intereses de las partes o en los que estas últimas hacen uso abusivamente de la facultad ofrecida por la ley para determinar el contenido de sus relaciones, entre sí y con terceros. Al derecho no necesario corresponde dentro de este sistema un papel importante: Asegurar o mantener a través de normas legitimadoras (ermächtigende Normen) el campo de actuación de la autonomía privada y el de acotar por medio de disposiciones complementarias e interpretativas (ergänzende und auslegende Vorschriften) el ordenamiento creado entre los contratantes.

La función a la que acabamos de referirnos se lleva a cabo de acuerdo con una constelación de intereses considerada típica: el derecho dispositivo expresa las valoraciones realizadas por el legislador respecto de una situación de intereses, que se considera "normal". Es desde esta perspectiva desde donde cabe sostener su significación de unidad de medida para determinar cuándo existen en el tráfico situaciones de abuso sin dar lugar con ello a entorpecimientos en la libre formación de los contratos de carácter individual.

Como conclusión hay que decir que el problema se pre-

Senta ciertamente en una dimensión distinta en los --
 llamados contratos atípicos individuales que en los -
 contratos tipo, dada la desigualdad económica que en
 estos últimos existe entre las partes (61). Visto así
 aparece ya clara la doble dimensión del derecho dispo-
 sitivo: como un instrumento orientado a facilitar el
 tráfico jurídico, cubriendo subsidiariamente los sec-
 tores de regulación no expresamente previstos por las
 partes y haciendo posible al mismo tiempo que una si-
 tuación de conflicto pueda ser resuelta con normas --
 determinadas y conocidas de antemano; como sistema do-
 tado de una función ordenadora y de control (62). To-
 do ello permite afirmar que los particulares están fa-
 cultados para modificar por vía contractual las dispo-
 siciones legales singulares de carácter no necesario.
 Un sistema normativo de esta naturaleza plantea el --
 problema de la posibilidad de que se modifique, sin -
 causa suficiente su estructura configuradora toda vez
 que el legislador ha creado, como acaba de indicarse,
 un ordenamiento para los diferentes intereses en jue-
 go. Desde esta perspectiva se afirma que las desvia--
 ciones del modelo legal no pueden ser arbitrarias si-
 no que han de estar justificadas materialmente (63).
 La dirección que atribuye un carácter vinculante al -
 derecho dispositivo y que hace de este sector normati-

no un instrumento de limitación de la libre actuación
negocial de los particulares, no puede decirse que ha
ya encontrado gran aceptación. La necesidad de canali-
zar esta actividad negocial más allá de los límites -
fijos y variables establecidos en la ley plantea una
serie de cuestiones cuya solución a la luz del dere--
cho positivo vigente ofrece graves dificultades (64).
A este temario nos referimos a continuación.

2. Límites inmanentes de la autonomía de volun- tad

a) De carácter jurídico societario

aa) La naturaleza de los institutos lega- les como límite de la libertad con- - tractual

Que los acuerdos contractuales no pueden ir contra la
"naturaleza" o "esencia" (Wesen) de los institutos ju-
rídicos (65) es una afirmación recogida con alguna --
frecuencia en la jurisprudencia y doctrina alemanas.
Desde la época del ADHGB de 1861 viene operándose con

este argumento aunque haya sido en tiempos recientes cuando su importancia se ha generalizado (66). El propio legislador se ha servido en ocasiones de este recurso técnico para mantener inalterada la estructura básica de las formas sociales. Así el parágrafo 195 - III de la Aktiengesetz de 1937, correspondiente al 241 de la vigente ley de 1965. Según éste último precepto son nulos los acuerdos de la Junta General contrarios a disposiciones legales dotadas de una función ordenadora y de tutela, es decir los que se opongan a la esencia de la sociedad anónima. En el apartado 3 de éste artículo 241 se caracteriza la estructura interna de la sociedad anónima como un conjunto de normas "sin cuyo mantenimiento sería impensable la existencia de una sociedad anónima". La doctrina ha interpretado esta disposición en el sentido de identificar la "esencia" de la sociedad anónima con los principios jurídicos de carácter necesario y con las características conceptuales de esta figura (67). La esencia -- de los institutos jurídicos se presenta como una forma abreviada para individualizar un número elevado de normas y para facultar al mismo tiempo la elaboración de criterios valorativos en la determinación general -- de los acontecimientos jurídicos. De ahí que deban -- examinarse los rasgos conceptuales de estas figuras -

y la utilidad de las mismas para nuestro tema, cuestiones a las que nos referimos a continuación.

(1.1.) Fundamentos conceptuales

El problema dogmático de la limitación de la libertad contractual mediante el recurso a la "esencia" de la sociedad" ha dado lugar a una compleja construcción doctrinal a la que aquí vamos a referirnos por vía de síntesis. Bajo el término "esencia" de las formas sociales se comprenden sobre todo aspectos lógico-jurídicos y metodológicos a los que en la literatura alemana se ha prestado notable atención. Antes de examinar esta cuestión en derecho de sociedades conviene unas observaciones introductorias de tipo conceptual; del problema de la "esencia" de las sociedades nos ocuparemos más adelante, al examinar los resultados de la investigación tipológica y su aplicación en el sector de sociedades mercantiles.

La primera cuestión que plantea este temario es delimitar conceptualmente la "esencia" o "naturaleza" de una figura (68), en sus aspectos lógico-jurídicos. - Las aportaciones doctrinales sobre este tema han pues

to de manifiesto que se trata de una categoría próxima a otras formas de pensamiento, como los conceptos y los tipos (69), de los que sin embargo se diferencia (70). Lo mismo que sucede con el tipo, su creación responde a la necesidad de completar los mecanismos conceptuales de subsunción como instrumentos de aprehensión y ordenación de la realidad jurídica y social. Un ejemplo de esta necesidad se encuentra dentro mismo del derecho de sociedades. El parágrafo 705 BGB contiene los elementos definidores del contrato de sociedad, es decir los rasgos conceptuales mínimos para poder calificar a una figura como sociedad y someterla a la normativa prevista por el legislador para estas formas asociativas. Nada dice el concepto legal de sociedad sin embargo sobre el juego de estos elementos, entre sí y en relación con otros rasgos caracterizadores del instituto jurídico societario ni sobre la función de estas figuras. De ahí que la dogmática haya elaborado otros instrumentos lógico-jurídicos, como son la "esencia" ó el "tipo" de la sociedad. La esencia forma parte del concepto "sociedad" como específica valoración de intereses que se inserta dentro del esquema jurídico formal elaborado por el legislador. A través de su esencia, el instituto jurídico expresa lo que en él hay de núcleo valorati-

vo que se incorpora a una esfera de valores de rango superior. Por otra parte con la esencia luce el rasgo caracterizador más destacado de los fenómenos de la realidad y constituye el soporte básico de las cualidades que están unidas a los institutos jurídicos de forma inseparable y que no pueden ser reproducidas en una síntesis conceptual (71).

La remisión a la "naturaleza de las cosas" o a la -- "Esencia" de los institutos jurídicos solo en parte -- responde, desde un punto de vista estructural, a concepciones metodológicas orientadas en el sentido de -- la jurisprudencia de intereses o de los valores. En -- realidad se trata de un mecanismo que históricamente se ha desarrollado de la mano del método deductivo- -- conceptual. Por esta razón la doctrina más reciente -- ha sostenido reiteradamente que para que pueda ser vá lido el sistema de remisión a la "Wesen" no puede ser entendido en el sentido tradicional de individualización, dentro de la normativa de un instituto jurídico, del rasgo distintivo que exprese las peculiaridades -- fundamentales del mismo. Partiendo de esta concepción se hacen derivar de ella una serie de consecuencias -- sistematico-valorativas, del mismo modo que se ha hecho en la jurisprudencia de conceptos con los de categoría superior. Este discurso lógico, conocido bajo --

El nombre de "Inversionsmethode" (72) va en contra de lo que es peculiar de la categoría que estamos examinando, ya que su significado es básicamente destacar los elementos definitorios del esquema de valoración de intereses.

Desde el punto de vista metodológico, la investigación de la esencia de los institutos jurídicos se presenta ligada a la jurisprudencia de los valores. A los fines de este apartado basta con señalar los trazos elementales de esta concepción: las normas jurídicas positivas son el resultado de determinados conflictos sociales de intereses. La valoración legislativa de estos intereses se orienta en el sentido de no dar preferencia a los intereses anudados a posiciones de poder. Con esta finalidad se marca ya la distinción entre "intereses", entendidos aquí como preferencias de los sujetos dentro de determinadas situaciones jurídicas o de hecho, y módulos de valoración legal cuya finalidad es aproximar la normal situación jurídica a las colisiones de intereses (73).

La equiparación de la esencia de una forma social a la existencia de un núcleo fundamental de valores incorporados a la norma plantea el problema de la identificación de aquellos como un medio para poder aplicar esta última. Las orientaciones sobre este punto -

son diversas. En principio puede sostenerse que esta interpretación no tiene por finalidad inmediata destacar cual ha sido el criterio que en su día ha utilizado el legislador sino analizar a través del criterio personal del juez las necesidades lógico-materiales planteadas y en función de ellas aplicar la norma -- (74). Esta construcción puede crear la impresión de -- que la fijación del contenido del "Wesensargument" se orienta desde un principio hacia criterios de valoración situados fuera de la ley. De hecho es así ya que, aunque se tengan en cuenta en primer término los -- elementos jurídico positivos aptos para esta valoración, de la construcción se han servido básicamente -- los defensores de la teoría institucionalista, aspecto este al que vamos a referirnos más abajo (75).

Los esfuerzos doctrinales para dar a la esencia de la sociedad una significación unívoca y hacerla eficaz -- desde el punto de vista metodológico se han orientado en diversas direcciones. Así por ejemplo en el marco de la llamada "teoría genética de los intereses", según la cual entre constelación social de intereses y valoraciones legislativas existe un nexo causal. Esta construcción se sitúa en la línea de la fenomenología jurídica y su representante más importante es "Reinach". El objeto de la misma es acentuar la libertad de valo-

ración del derecho positivo con el fin de hacer operante el "espíritu del Derecho", que se manifiesta en los principios éticos y de justicia material del derecho vigente (76). En esta dirección hay que mencionar asimismo la aportación de Dernburg, orientada en el sentido de adecuar el Derecho a la realidad a través del expediente de la "concreción" ó "naturaleza de las cosas" (77). Se trata básicamente de determinar si las "Seinsgesetzmlichkeiten" existentes -que en el sector de derecho de sociedades por ejemplo presionan para la configuración de determinadas formas de sociedades de personas- en el ámbito de la valoración jurídica de la relación entre los socios debe considerarse de tal forma inderogable que pueda atribuirseles un cierto carácter vinculatorio.

Ambas construcciones tratan de poner de manifiesto la existencia y el carácter vinculante de principios jurídicos que, como tales no se encuentran formulados en el conjunto de las reglas jurídicas del código pero que han sido incorporados dentro de la ordenación de valores establecida por el legislador, a la cual se llega a través de un mecanismo de interpretación de sectores normativos determinados.

(2.2.) Aplicación de esta construcción al
derecho de sociedades

El recurso a la "esencia" de la sociedad tal como este pensamiento se ha desarrollado en la doctrina y jurisprudencia plantea la necesidad de una delimitación conceptual y funcional que permita hacer de él un instrumento preciso de limitación de ^{la} autonomía contractual. La jurisprudencia hace uso de este argumento, por lo general, como si se tratase de una instancia metafísica sin preocuparse de especificar su contenido y características. La "esencia" de la sociedad se utiliza en este sentido para determinar cuándo una cláusula estatutaria o contractual se ajusta a una concreta forma societaria y puede reputarse por consiguiente válida (78). También se acude a ella para decidir sobre la calificación de una figura como instrumento de interpretación. En este sentido se sostiene que la naturaleza jurídica de la participación oculta en una sociedad constituye un supuesto de cuentas en participación y no una sociedad colectiva porque a la esencia de esta última pertenecen las notas de patrimonio en mano común y carácter manifiesto o público de la relación social (79).

El Bundesgerichtshof se ha servido asimismo del argumen

to de la Wesen para afirmar que no es el socio fiduciario de una limitada inscrito en el registro quien asume la condición de socio de la sociedad comanditaria -- sino la sociedad limitada misma.

Contra la "esencia" de la sociedad chocaría el que en las relaciones internas se considerase como socio a la limitada mientras que a los terceros aparece únicamente el testaferro (80).

También se ha recurrido a la "esencia" de la colectiva para justificar la prohibición de cesión de los derechos de voto o de facultades de administración a un -- tercero no socio o para examinar la posibilidad de que los socios de una limitada renuncien en los estatutos a las facultades de colaboración e información y al derecho de participar en los beneficios que la ley les -- concede en virtud de su posición jurídica de socios -- (81).

En todos estos casos la jurisprudencia habla de "esencia" sin preocuparse de determinar conceptualmente lo que deba entenderse por este término dentro de cada -- una de las formas sociales. Tampoco es posible elaborar con los criterios utilizados una construcción sistemática de la que puedan deducirse rasgos caracterizadores seguros.

El casuismo y la falta de criterio unívocos dominan --

asimismo el sector de la doctrina científica. Los --
 autores no se han propuesto por lo general sentar las
 bases para una determinación específica del núcleo --
 esencial de cada figura del catálogo legal. Lo que --
 caracteriza la literatura alemana es por el contrario
 la existencia de una gran divergencia de opiniones y
 una inseguridad o falta de fijeza en los argumentos
 empleados (82). Por lo que a las sociedades persona-
 listas se refiere se ha destacado como rasgo esencial
 de las mismas, unas veces la obligación de fidelidad
 del socio y el principio de igualdad de trato, en ba-
 se a la obligación contraída por todo asociado según
 previene el 705 BGB de colaborar a la consecución del
 bien común (83); otras veces los lazos jurídico-perso-
 nales de socio a socio y la participación económica -
 de cada uno de ellos en el patrimonio común (84). El
 problema que en este tema se ha planteado con mayor
 frecuencia ha sido de carácter estructural: relación
 entre el capital y el trabajo, entre propiedad de la
 empresa y dirección de la misma, en definitiva, valor
 esencial del auto organismo y consiguientemente posi-
 bilidad de un organismo de terceros en las sociedades
 de personas así como sus repercusiones sobre el régi-
 men legal de la responsabilidad (85).

A la vista de esta situación puede afirmarse que lo -

que existe detras del concepto "esencia de la sociedad" es como ha sido calificado por algún autor "un sentimiento jurídico" que carece por ahora de una fundamentación sólida. En este sentido hay que destacar que desde la aparición del trabajo de Scheuerle (86) dirigido a poner de relieve la inseguridad que entraña la remisión a la "esencia" de los institutos jurídicos, la doctrina ha tomado sus distancias de esta construcción, debido sobre todo a su carácter crítico (87).

b.b.) Autonomía contractual y normatividad
de los tipos legales

Con anterioridad a la discusión dogmática sobre la posibilidad y límites de una configuración tipológica del derecho de sociedades -que ha dominado la literatura de lengua alemana a partir sobre todo de 1965- existen diversas aportaciones doctrinales en las que se habla ya del tipo como instrumento de limitación de la libertad contractual. La utilización de esta forma de pensamiento por la metodología jurídica para explicar ciertos fenómenos y en particular la dinámi-

ca de la actividad legislativa (88) ha permitido fundamentar desde una perspectiva nueva la existencia en derecho de sociedades de un *numerus clausus* de tipos societarios (criterio de limitación de primer grado) y en algunos casos la sujeción de estos tipos a la realización de determinados fines (criterio de limitación de segundo grado). Con ello se ha planteado el problema de si en las restantes sociedades del catálogo legislativo, los particulares gozan de una amplia libertad para modificar la estructura interna y adecuarla a las necesidades del supuesto concreto ó si, por el contrario, las sociedades constituyen institutos jurídicos dotados de una organización típica. En este último caso los principios estructurales que informan la ordenación legal de los tipos societarios tienen carácter necesario y operan como límites "inmanentes" a la autonomía negocial.

La tendencia seguida por la doctrina dominante ha sido admitir una gran libertad en la configuración de las relaciones jurídicas internas. A esta cuestión -- nos hemos referido ya en otro lugar. Frente a esta -- orientación se ha sostenido por algunos autores lo -- que ha sido calificado de "normatividad" de los tipos legales". Con ello quiere expresarse que el contrato de sociedad está sometido a principios que informan --

con carácter general la regulación legal de las distintas formas sociales. Aunque no existen disposiciones que lo impongan expresamente, se entiende que la "normatividad de los tipos" impide cualquier modificación de los trazos caracterizadores de las figuras societarias. La razón está en que a través de estos elementos típicos, recogidos por lo general en normas de carácter dispositivo, se atienden determinadas exigencias de justicia material y se lleva a cabo la función ordenadora que la ley ha puesto en los esquemas legales de sociedad.

En base de esta doctrina late la idea de que los contratos son instrumentos para la realización de intereses subjetivos con relevancia para la comunidad. En la formulación clásica de esta concepción, el fundamento de la tipificación legal de los negocios jurídicos se encuentra en la necesidad de determinar y acotar el número de fines negociales lícitos. La tarea del ordenamiento jurídico consiste en determinar cuándo, de acuerdo con las ideas dominantes en el tráfico, el fin que las partes persiguen a través del contrato es digno de tutela jurídica. La función ordenadora de la libertad contractual no puede entenderse según esto como la posibilidad de dispensar protección jurídica al capricho individual sino como un medio de tutela de

fines privados del tráfico económico que, en base a su relevancia social, son aptos para ser organizados de forma permanente bajo normas jurídicas (89).

Enlazando con esta concepción se ha desarrollado en derecho alemán la teoría del valor normativo de los tipos legales de sociedad.

El núcleo de la misma está en la afirmación de que a través del tipo se expresan principios vinculantes del ordenamiento jurídico-societario (90); los principios estructurales de la ordenación típica están incorporados funcionalmente al modelo legal y por ello poseen un valor normativo. El carácter neutro de las formas sociales entendido como la posibilidad de configurar su contenido de forma diversa al legal, no es tal que entre forma social y contenido no exista ninguna comunicación. Al contrario: para supuestos de hecho dotados de tipicidad social la ley previene según los fines perseguidos, formas de estructura específicos de modo que entre forma externa y contenido puede hablarse de una unidad funcional. Esto luce en las sociedades mercantiles por ejemplo en las relaciones entre propiedad y dirección de la empresa, entre influencia personal en el destino de la empresa, y simple participación capitalista, en la misma, que determinan el régimen legal de la responsabilidad patrimonial. Las di-

ferentes características esenciales entre sociedad de personas y sociedad de capitales dan lugar a su vez - a diferencias esenciales de organización interna. Forma, fin, contenido, son elementos o aspectos de una -- misma realidad, que no puede ser ignorada por el juego de la libertad contractual. Los tipos constituyen como se ha afirmado en la doctrina, una "unidad de -- sentido". Esta idea se complementa con la afirmación de que el contenido normativo de los tipos legales de riva en parte de principios ordenadores generales de constitución económica -protección de la transparen-- cia y seguridad del tráfico; carácter ético-jurídico del binomio poder de dirección- responsabilidad (91) y en parte de la concepción de la autonomía privada - no como instrumento de la voluntad de los contratantes sino como medio de incorporación de esta en la función típica del derecho. Esta función consiste en dar a -- los intereses y necesidades económicas privadas la po sibilidad de su realización en cuanto se encuentren - legitimados por una tipicidad social. Esta última es lo que le hace digna de tutela en sentido objetivo -- (92).

b) Límites inmanentes de carácter no societario

Si desde un punto de vista técnico puede bastar la remisión a la "esencia" de la sociedad o al "tipo" de la misma para limitar la libertad contractual de los socios, no sucede lo mismo respecto de la determinación del contenido de estos límites. Cuando se habla de esencia de la sociedad se está haciendo referencia a una categoría cuya significación conceptual no dice nada todavía sobre los concretos elementos que la componen. Estos no se encuentran expresamente mencionados en la ley sino que deben ser determinados a través de una valoración de los intereses concurrentes. En este proceso valorativo entran en juego concepciones ajenas al derecho de sociedades que, al ser incorporadas al tipo o a la esencia como elementos caracterizadores de los mismos, se convierten en factores de corrección de la autonomía contractual. Al examen de estos elementos se dedica este apartado. No se trata -- pues de elaborar criterios distintos de los anteriores sino de concretar el significado de estos -esencia, tipo- con principios desarrollados fuera del derecho de sociedades. Esta orientación, que podríamos llamar interdisciplinaria constituye hoy una de las notas más acusadas del pensamiento alemán en nuestra disciplina.

a.a) Limitaciones a la libertad contractual des
de el punto de vista de la constitución --
económica

El fundamento de esta orientación descansa basicamente en la concepción de que las singulares formas de sociedad llevan a cabo dentro de la actividad económica general una función específica. En la regulación de los tipos societarios han sido acuñadas decisiones fundamentales de carácter jurídico-económico a cuya observancia están sujetos todos los intervinientes en el ejercicio de la empresa social. La dinámica de la actividad empresarial no puede examinarse por tanto únicamente desde el ángulo del derecho de sociedades como ha venido haciéndose tradicionalmente sino en el marco general del ordenamiento económico (93). Visto desde el sector de la libertad contractual, esta orientación significa que los esquemas jurídicos societarios de la ley están, por decirlo así, "programados" en base a determinadas ideas económicas y presuponen la existencia de una constitución económica. Es precisamente desde esta óptica donde los problemas de delimitación y ulterior desenvolvimiento de las sociedades mercantiles deben ser planteados.

La evolución de este pensamiento arranca pues de la conformación de un derecho de la economía como rama jurídica independiente y de sus relaciones con el derecho mercantil por un lado y con el derecho constitucional por otro. A este propósito debe bastar la indicación de que el fundamento histórico del derecho de la economía se encuentra en la llamada economía de guerra y en las crisis económicas subsiguientes al conflicto armado, a partir sobre todo de la terminación de la primera guerra mundial. La intervención del Estado en la actividad económica de los particulares y las consecuencias de este hecho respecto de elementos fundamentales de índole sistemático jurídica, como el derecho subjetivo o la libertad contractual, explica que en sus rasgos esenciales esta relación quedase vinculada a las decisiones jurídico constitucionales con relevancia para la economía del tráfico. Al mismo tiempo las tendencias doctrinales en favor de una mayor aproximación entre derecho económico y derecho mercantil -llevadas hasta el extremo de querer incluir el derecho mercantil dentro de la categoría superior del derecho económico, del que formarían parte igualmente el derecho civil y el derecho laboral - en el sentido formulado por Klausing (94) han planteado la cuestión de en qué medida puede sostenerse váli

da todavía hoy la caracterización de los tipos legales asociativos como unidades organizativas aisladas, desligadas de exigencias de carácter económico-social (95).

A partir de la primera guerra mundial se generaliza la opinión de que las reglas organizativas del derecho -- de sociedades no son "neutras" en el sentido de ajenas a cualquier tipo de concepciones valorativas sino que expresan por el contrario determinadas ideas económicas, la transformación de las cuales repercute directamente sobre la significación de aquellas. La primera construcción dogmática de importancia en esta dirección se debe a Böhm y dió lugar en su época a una viva polémica sobre los límites de la iniciativa privada -- (96).

Aunque este autor no se ocupa expresamente del tema de la atipicidad societaria los argumentos que utiliza -- permitirán un tratamiento ulterior de este problema. -- La idea central es que el derecho privado y en particular el derecho de sociedades deben colaborar activamente en la conformación de la constitución económica. Todos los institutos jurídicos fundamentales del derecho privado -y entre ellos la libertad contractual, las -- sociedades personalistas- deben ser sometidos a valoraciones de carácter económico que Böhm identifica, en -- primera línea, con la libertad de competencia. Sólo --

desde esta perspectiva puede realizarse según él una correcta interpretación de la función y límites de estos institutos. Para hacer técnicamente posible esta finalidad ordenadora del derecho privado se sostiene la necesidad de limitar el uso de los instrumentos -- jurídicos puestos a disposición de los particulares -- en el sentido de establecer un criterio más estricto para su aplicación vinculando estrechamente el instrumento a su función y orientado este último a satisfacer las necesidades generales de la economía. En relación con el derecho de sociedades, las consecuen--cias prácticas de esta doctrina se reducen basicamente a la constatación de que la forma de organizar las relaciones jurídicas internas no puede considerarse -- en modo alguno irrelevante para la marcha general de la economía y que consiguientemente deben los socios responder de su actividad interna frente a los intereses superiores de ésta.

El derecho de sociedades no contiene según esto esquemas de organización de carácter dispositivo sino normas jurídicas que son expresión y resultado de ideas económicas elevadas por el legislador a principios de rango constitucional. Por influencia de la escuela -- neoliberal -- la llamada "Escuela de Freiburg" de Walter Eucken, con la cual Böhm no solo se sentía espiritual

mente ligado sino que cooperó activamente en ella como jurista- se ha sostenido la tesis de que la estructura interna típica de las sociedades mercantiles está en estrecha conexión con el esquema de intereses económicos vigentes en una determinada comunidad. La existencia de esta vinculación funcional obliga a -- instaurar un riguroso sistema de controles sobre las instituciones jurídico-privadas que operen en el tráfico económico. Solo así puede canalizarse la actividad económica de los particulares hacia objetivos que respondan, no ya a conveniencias más o menos caprichosas, sino a reglas establecidas por el ordenamiento jurídico-económico. En la medida en que las configuraciones jurídico-societarias privadas, que difieren - del modelo legal, choquen contra estos principios ordenadores generales de carácter económico deberían - considerarse ilícitas aunque no hayan sido lesionadas las normas de derecho necesario y se haya atentado contra la moral y las buenas costumbres. Como tema de debate más importante dentro de esta orientación se ha prestado especial atención al problema del beneficio de la responsabilidad limitada concedido - al socio comanditario. La doctrina tradicional ha venido justificando la regulación legal desde el punto de vista de la protección de los terceros acreedores:

dado que frente a estos últimos la responsabilidad --
 del comanditario está limitada a su aportación ó a la
 suma de responsabilidad, no debe permitirsele asumir -
 una posición que ponga en sus manos el destino de la
 empresa. La modificación de la estructura interna de
 la sociedad alteraría el estatuto legal de la respon-
 sabilidad y el sistema de compensación de riesgos es-
 tablecido a través del binomio poder de dirección-res-
 ponsabilidad ilimitada al mismo tiempo que va contra
 el principio de seguridad jurídica y de protección --
 del tráfico (97).

Frente a esta concepción, a la que se acusa de ser de-
 masiado estrecha, la nueva orientación doctrinal en--
 tiende que el régimen legal de la responsabilidad no
 sirve unicamente a los intereses individuales de los
 acreedores sino que constituye la sanción de una acti-
 vidad económica desafortunada y como tal está orienta-
 do a asegurar la actitud funcional del sistema econó-
 mico general. A través de la responsabilidad patrimo-
 nial se lleva a cabo una actividad de selección que -
 es parte esencial del sistema de libre competencia y
 opera como elemento de dirección del ordenamiento eco-
 nómico. Es decir se hace de la responsabilidad el me-
 dio técnico jurídico para la ordenación del riesgo --
 económico y con ello uno de los factores más importan-

tes en la estructuración de las relaciones competitivas dentro de una economía de mercado.

La tesis de que a la responsabilidad personal del empresario se anudan presupuestos funcionales esenciales del sistema de economía de mercado ha sido formulada en el sector económico político pero su desarrollo ha tenido lugar básicamente en derecho de sociedades (99). El postulado de una conexión objetiva entre dirección y responsabilidad y los esfuerzos por convertirlo en principio económico general de carácter constitucional ha sido referido casi exclusivamente al estatuto organizativo legal de la sociedad comanditaria. En opinión de Reinhardt (100) la norma que somete al socio colectivo a una responsabilidad ilimitada expresa con toda claridad el principio jurídico constitucional de que el que asume funciones directivas y opera en el tráfico económico debe quedar sujeto a una responsabilidad ilimitada por el resultado de su actividad.

A partir de la tesis de Böhm, de que los instrumentos jurídicos elaborados por la ley no están al servicio de cualquier interés de los particulares sino básicamente de fines conformes a los principios de constitución económica, aparece ya recogida en los trabajos de Geiler y Klausing antes indicados. Esta doctrina -

ha sido desarrollada y perfeccionada y en amplios sectores está generalizada la convicción de que hay que organizar la actividad jurídico societaria de acuerdo con los principios superiores de constitución económica y derecho de la competencia. El planteamiento, que en la formulación dada por Böhm tenía un carácter programático-creación de un sistema de principios ordenadores de derecho necesario- se ha aplicado, a partir de la segunda guerra mundial, al tratamiento de cuestiones específicamente societarias.

La primera aportación importante en el sentido de interpretar sectores concretos de regulación societaria con criterios de carácter económico constitucional, - tiene por objeto la adopción de criterios para valorar las partidas del balance de la sociedad anónima, la exigencia de proteger los intereses de la colectividad en el capital invertido y los intereses de los trabajadores en la publicidad del mismo (101). Una serie de trabajos posteriores ponen de manifiesto, - de forma general, los peligros de un aislamiento del derecho privado y la necesidad de insertar las instituciones de este carácter en el marco global del ordenamiento económico. Las formas societarias del catálogo legal no pueden utilizarse de modo arbitrario - para cualquier finalidad, sino en el marco de las exi

gencias de índole superior recogidas en el ordenamiento legal (102). Esta exigencia legal de índole superior se ha identificado tradicionalmente con la idea de libertad de competencia. En esta dirección se orientan dos importantes monografías que desarrollan la tesis de Böhm y la llevan a sus últimas consecuencias - dentro del derecho de sociedades.

La primera se debe a Kuhn. El trabajo de este autor - parte de la insuficiencia del derecho de sociedades - para resolver los problemas que plantea la constitución de una sociedad por medio de testaferros y, en particular, la privada de una sociedad anónima de un solo socio (103). En su opinión las cuestiones metodológicas y dogmáticas conectadas a este temario no son solo de carácter jurídico societario sino que también aquí juegan consideraciones de derecho civil y de derecho económico. Debido a ello se tiene la necesidad de estudiar esta materia, desde el ángulo de la constitución empresarial entendida en un sentido económico (104). Solo desde esta perspectiva cree pueden desarrollarse los criterios de interpretación adecuados - para resolver las dificultades que presenta el derecho societario. Particular énfasis pone en la necesidad de límites inmanentes a la autonomía privada, los cuales derivan de la concepción básica de la ordenación

ción legal de los tipos y se expresan a través de normas de derecho dispositivo (105). La modificación de estas no puede llevar a una "desnaturalización de la voluntad de la ley" sino que deben responder al sentido y fin de la regulación jurídica-societaria de los tipos legales. La libertad contractual opera básicamente solo dentro de los límites puestos para los fines económicos aprobados por el derecho objetivo, ya que en la regulación del derecho dispositivo están presentes decisiones voluntarias que el legislador ha consagrado expresamente.

Esta concepción responde en lo fundamental a los mismos presupuestos de los que parten los trabajos de Paulick, Raiser y Ott. Como principios fundamentales de la ordenación legal de los tipos de sociedad de capitales, señala Kühn la incorporación de la condición de socio al título (fenómeno de objetivación de la condición de socio), la separación entre sociedad y condición de socio como un medio de protección de los acreedores; la exclusión de la responsabilidad patrimonial de los socios frente a los terceros como consecuencia del desdoblamiento del poder de dirección. A esta concepción no se opone el hecho de que la legislación de sociedades anónimas vigente se origine en una época en la que la idea de una normativa

jurídico económica asentada sobre concepciones valorativas de naturaleza jurídica no estaba todavía bien definida. La aportación de Kühn se propone justamente armonizar las formas sociales creadas aisladamente -- por el legislador en un ordenamiento unitario de los tipos como parte del ordenamiento económico general - (106).

Un mayor relieve de los acuerdos sociales respecto del ordenamiento económico general ha sido propugnado por Ott (107). Punto de partida de su construcción es que en la actualidad los esquemas legales de sociedad se han demostrado incapaces de atender las exigencias del moderno tráfico económico. Esta incapacidad y la necesidad de adecuar el derecho a la realidad pone en primer plano el problema de modificación del derecho vigente. Las exigencias de reforma actuales son tales - que ya no basta una simple alteración estructural de los tipos legales, realizados a través del contrato de sociedad. La necesidad de una ordenación legal de los tipos de sociedad, hace que la aproximación entre derecho escrito y realidad socio-económica solo haya podido llevarse a cabo hasta ahora por el legislador y en base a principios generales de carácter económico.

En la base de esta construcción late la idea de que la sociedad, como fórmula de agrupación de medios y de personas para la persecución de fines comunes potencia el poder de los sujetos individuales y le da una mayor capacidad para actuar sobre el mercado. Pero, al mismo tiempo, la sociedad constituye una unidad funcional (108). Una ruptura de esta unidad lleva consigo el que la empresa no siga sometida a las fuerzas que garantizan el desenvolvimiento de la vida económica y, por consiguiente que se ponga en peligro la aptitud funcional del sistema mismo de economía de mercado. Por otra parte, la sociedad tiene una función ordenadora (109). Su finalidad no se limita a mantener un equilibrio de interés entre los socios sino que esta destinada a integrar la actividad de la empresa en un orden económico superior. La empresa es un fenómeno jurídico sino económico al que el ordenamiento, desde ángulos diversos, tiene que dar una adecuada regulación. La tarea del derecho de sociedades es precisamente la de asegurar jurídicamente la aptitud funcional de este fenómeno tanto en sus aspectos internos como externos (110).

La perturbación de este orden económico debe ser objeto de sanciones. Esto no puede consistir, por razones obvias, en desconocer la realidad jurídica de las for

mas atípicas sino en una agravación del régimen de la responsabilidad a través de la cual sea posible reconstruir el cuadro de intereses cuyo equilibrio se ha roto. Ott pasa revista a una serie de supuestos en los que el régimen legal en materia de autoorganicismo, responsabilidad personal del socio colectivo, carácter personalista de los lazos de socio a socio, régimen de responsabilidad patrimonial ha sido modificado. Refiriéndose de forma especial a este último problema dentro de la sociedad comanditaria examina en que medida estas alteraciones legales repercuten sobre la aptitud funcional del ordenamiento económico y sobre el sistema de compensación de riesgos que previene la ley. La tesis de este autor, orientada en la misma dirección de Kühn y sobre todo de Raiser, es que no puede hacerse uso de la libertad contractual para vaciar los institutos jurídico-societarios de todo carácter ordenador y de su contenido de justicia material -- (111). Las sociedades mercantiles, y en particular las personalistas --a cuyo análisis se limita el estudio de Ott no son desde un punto de vista económico-político "incoloras" sino que se trata de figuras -- con un valor funcional material concreto que obliga a las partes a poner el contenido del contrato en -- consonancia con los principios superiores de consti-

stitución económica (112). Las razones que acaban de exponerse sobre la necesidad de limitar el juego de la autonomía contractual cobran particular relieve en los supuestos en que, para asegurar la sobrevivencia económica y jurídica de sus empresas más allá de los cambios generacionales, los socios fundadores adoptan provisiones que reforman el estatuto legal de las sociedades mercantiles. Estas medidas, orientadas en lo que ha sido denominado "perpetuación de la empresa" (113), consisten especialmente en la exclusión de las causas legales de disolución de la sociedad y en la incorporación a las tareas directivas de la sociedad de terceros no socios, así como de la implantación de un sistema de financiación que no comprometa el equilibrio de poderes existente dentro de la sociedad. Consecuencia de ello es, por un lado, la independización de la empresa respecto de las reglas de un sistema de economía de mercado. Por otro lado la empresa "con vocación de perpetuidad" (perpetuirte Unternehmen) se presenta como una figura de carácter institucional, cuyo rasgo distintivo está en que la forma de organización del capital y la función de los empresarios no se vincula a las concepciones de esta última sino a una "constitución" preexistente, configurada según los principios de la --

economía de mercado. El derecho privado si quiere --
 mantener su aptitud funcional, está llamado a impedir
 los excesos de poder económico y social. La forma de
 realizarlo es a través de una manipulación de la --
 acción de la autonomía contractual en el ámbito del
 tráfico patrimonial de forma que aquella no pueda --
 dar lugar a situaciones de poder en los particulares
 al margen de necesidades de tipo económico.

Dado que la perpetuación de la empresa expresa el es
 fuerzo de su titular para asegurar su propia influenu
 cia o la de su familia con el transcurso del tiempo,
 parece que debería imponerse la independencia de la
 sociedad frente a los deseos personales de los so- -
 cios, vinculando aquella a la gran masa del público
 y dotándola para ello de un carácter institucional.
 Para garantizar la continuidad de la empresa, así co
 mo su capacidad económica y financiera se utilizan en
 la práctica diversos instrumentos técnicos, como son
 la GmbH - Co. KG y, sobre todo, la fundación . La --
 adopción de esta última figura como forma de empresa
 plantea problemas de gran complejidad, que aquí de--
 ben ser necesariamente remitidos (114).

Consecuencia de la "perpetuación" de la empresa es -
 su independización respecto de las reglas de juego -
 de la economía de mercado. En un ordenamiento social

diferenciado, como es el de las sociedades de tipo industrial, donde se asigna al principio de libre competencia una misión esencial en orden a la aptitud funcional del derecho privado (115) no puede admitirse que en virtud de la autonomía negocial - denominada también "estatutaria" (116)- se sustraigan al sistema económico de carácter constitucional determinadas unidades de producción. La libertad contractual queda entonces limitada por el juego de las formas legales de sociedad como figuras de carácter institucional.

El problema de la perpetuación de la empresa como fenómeno jurídico presupone una revisión crítica de la evolución del derecho de las formas de empresa. Bajo este temario late una concepción del derecho de sociedades orientada en el sentido de un retorno a los principios originarios del legislador histórico. Ello significaría que tanto la jurisprudencia como la doctrina acogerían los deseos de "perpetuación" del empresario a través de una interpretación restrictiva de las normas legales que se opongan a esta posibilidad, así como a través de un desarrollo jurídico "praeter" e incluso "contra legem", en el cual quedarían excluidos los acontecimientos perjudiciales a la existencia de la empresa, especialmente

los de naturaleza fiscal o de derecho hereditario --
 (117). Esta construcción de carácter básicamente po-
 lítico-jurídico, presupone que el derecho privado de
 las organizaciones económicas debe ser armonizado --
 con los fines de carácter social que dominan el ac-
 tual desarrollo legislativo y con los valores del de-
 recho vigente. De esta forma se pretende acotar un -
 sector del derecho privado patrimonial, en el que --
 se atiendan, junto a los intereses del empresario, -
 los del tráfico y ello desde el punto de vista de la
 constitución económica.

b.b.) Límites de carácter institucional

(1.1.) Consideraciones introductorias

El pensamiento institucional constituye una de las
 etapas fundamentales en la evolución de la dogmáti
 ca jurídica actual (118). Lo mismo que hemos hecho
 en los apartados anteriores, vamos a limitarnos en -
 este a recoger los rasgos esenciales de esta doctrin
 a.

De forma análoga a lo que sucede con la teoría de -

la tipicidad de las formas sociales y con el argumento sobre la "esencia" de la sociedad se trata aquí - de elaborar, a parte de los institutos del ordenamiento jurídico y social, determinadas concepciones básicas y adoptar decisiones voluntarias que operen - como directivos en la interpretación de las singulares normas jurídicas. Estas valoraciones configuran - un complejo de normas como "institución" en el sentido de que las disposiciones singulares que forman parte de ese complejo normativo se determinan a través de una valoración del significado de todo el conjunto o, como lo ha formulado H.P. Wester Mann: "la institución representa el puente de unión de la norma jurídica con los criterios valorativos que influyen sobre ella" (119).

El pensamiento institucional que se encuentra recogido en la obra de Lavigny, ha experimentado en tiempos recientes un notable impulso gracias a diversas aportaciones que han planteado el problema desde puntos de vista nuevos.

Como punto de partida hay que decir que el desenvolvimiento de esta construcción obedece a la necesidad de crear una fórmula que pueda contrarrestar la influencia que en el proceso de elaboración de los principios jurídicos tienen los conceptos abstractos generales. En la regulación de los institutos jurídicos el

legislador se orienta, como es sabido, por representaciones generales (Gesamtvorstellungen) de estos, tal como se presentan en la realidad.

Esta representación general está relativamente indeterminada y no conoce límites precisos. A través de la formación de conceptos abstractos, con el menor número posible de elementos caracterizadores, el legislador se siente incapaz de aprehender el sentido institucional, de una determinada normativa jurídica y de hacer posible la comprensión de sus rasgos particulares. La finalidad de los conceptos jurídicos no es pues procurar una comprensión de la conexión de sentido de los fenómenos jurídicos sino abarcar y subsumir más fácilmente a estos (120). De ahí la necesidad de crear una vía para la creación del Derecho que parta de la "contemplación" de la esencia de ese instituto como un "todo de sentido". A esta finalidad sirve el pensamiento institucional.

Dentro del sistema jurídico no existe un puesto fijo para las "instituciones" ya que el término mismo carece de un contenido preciso. Bajo esta expresión se agrupan una serie de concepciones cuya procedencia - histórica e ideológica y cuyo significado jurídico - son diversos. La singularidad de este fenómeno se ha querido destacar afirmando que la concepción institu

cional tiene por finalidad insertar las reglas jurídicas singulares en un sistema de decisiones valorativas materiales que subyacen a los mismos (121). El problema consiste sin embargo en delimitar cuál es la esfera de influencia que sobre una norma particular ejercitan los principios jurídicos imanes al sistema ó de carácter extra-positivos y cuál mecanismo para su aplicación. Esta cuestión ha sido objeto de estudio sobre todo, dentro del derecho de sociedades. El pensamiento institucional se presenta, como un puente de unión entre la norma jurídica y el esquema de valores que ha incidido sobre aquella; una fórmula técnica no solo de expresar la existencia de un conjunto de normas, sino la "estructuración" de estas normas bajo una idea directriz y su proyección a través de singulares disposiciones legales (122).

La contemplación institucional de un instituto jurídico, con el fin de deducir de éste decisiones normativas de carácter necesario, se situa basicamente en el punto de su función. En el marco de ordenación institucional de los valores de rango superior, la función del instituto jurídico determina el alcance vinculante de este último frente a los destinatarios de la norma. -- La fórmula más acabada de vinculación a un instituto jurídico tiene lugar allí donde la institución está determinada por un sistema de valores de carácter no jurídico. El particular asume entonces la

posición de miembro dentro del ordenamiento institucional, cuyas normas se encuentran sustraídas a su disposición.

(2.2.) La aplicación del pensamiento institucional en derecho de sociedades

La configuración del derecho de sociedades desde el punto de vista institucional arranca basicamente de las ideas expuestas por Raiser sobre el carácter -- institucional del derecho privado y la doble función que a este corresponde: por un lado delimitar y proteger el ámbito de actuación de los particulares mediante la atribución de derechos subjetivos; por -- otro, facilitar la expansión y garantía de la vida social a través de instituciones jurídicas creadas por el legislador para la consecución de fines específicos (123). Toda operación comercial se encuentra si--tuada, en opinión de este autor, en un contexto político-económico. El derecho tiene el cometido de canalizar las piezas que operan a través del contrato y orientarlas en una cierta dirección, con el fin de -- crear una estructura a la cual haya de subordinarse

cada singular figura contractual. Esta tarea no puede desplazarse al sector normativo de las cláusulas generales -principios de buena fé, buenas costumbres, etc- sino que es cometido específico de la constitución económica. A los límites establecidos en el parágrafo -- 138 BGB se añaden ahora los del abuso de la libertad contractual o, en la terminología de Raiser el 'abuso de las instituciones (124). Esta idea, concebida al -- principio como una reacción contra las prácticas restrictivas de la competencia, como un instrumento para proteger la libertad contractual de las consecuencias derivadas de un uso indebido de la misma, ha evolucionado después hacia posiciones que tienden a dar carácter absoluto a los valores contenidos en los tipos -- contractuales de la ley. Desviaciones de la estructura básica del contrato, ó de su esencia (Wesen) tienden a ser consideradas como abusos. Es esta justamente la dirección seguida por Raiser en derecho de sociedades.

Si se examina este sector jurídico se advierte que -- las diferentes figuras del catálogo legal no están -- configuradas como simples relaciones contractuales de carácter subjetivo sino más bien como institutos de -- derecho objetivo, cuya finalidad no es tanto ordenar ó regular intereses privados cuanto insertar una acti

tividad económica colectiva en el ordenamiento económico general. Las sociedades son instituciones entendidas como "formas de relación jurídicamente relevante que en virtud del derecho objetivo regulan y en cierta medida canalizan la actividad de los particulares" (125). Se trata pues de una "figura social jurídicamente regulada".

El sentido y fin de las normas societarias viene dado por esta doble dimensión de la sociedad y en particular, por la naturaleza institucional de la misma, que acaba de señalarse. Toda actuación de los particulares que se sirva de estas instituciones jurídicas para fines distintos de los establecidos por la ley da lugar a un abuso de aquella y carece, por tanto, de eficacia jurídica.

Dada la formulación abstracta general de los institutos jurídicos y la ruptura entre estos y los tipos -tenidos en cuenta por el legislador al establecer la disciplina legal, habrá de determinarse en cada caso concreto cuándo existe un abuso en el sentido de "lesión del espíritu de la norma legal". Por ello ha de examinarse en primer término la disciplina del supuesto de hecho legal y valorarla en función de la situación jurídica que las partes han creado a través del contrato. Desde este ángulo se sostiene la exis-

tencia de límites inmanentes a la autonomía contractual (126).

La doctrina de Raiser se orienta en la misma dirección que la de sus discípulos Kühn y Ott y en su esencia coincide también con las tesis de Paulick. Pero mientras este último acentúa el significado de los aspectos tipológicos de la regulación legal como límites - cuya transgresión determinaría una situación de abuso y Kuhn y Ott llegan a la misma conclusión con argumentos extraídos de la constitución económica, Raiser -- destaca el carácter institucional de los institutos - de derecho privado y su conexión a valores superiores de constitución económica.

En el pensamiento de Raiser la exposición de esta doctrina no viene directamente referida al derecho de sociedades sino, en términos más generales, a los institutos jurídicos del Derecho Privado. Su aplicación -- dentro del sector jurídico societario es solo una de las diversas modalidades bajo las que este planteamiento puede presentarse. Falta por esto en la obra - de este autor un desenvolvimiento de la idea institucional en relación con las singulares formas de sociedad. Esta tarea ha sido llevada a cabo por Teichmann en un reciente estudio sobre este problema (127). En el se trata básicamente de examinar, si existen en la

regulación de las sociedades mercantiles elementos - de carácter institucional; en que medida estos elementos restringen el juego de la libertad contractual y cómo deben juzgarse, desde esta perspectiva, los supuestos de "desviación" que introduce la práctica societaria.

El punto de partida del trabajo de Teichmann coincide, en lo fundamental, con la tesis de Raiser, a la que rectifica y crítica en algunos puntos. La originalidad de esta aportación reside basicamente en haber destacado el hecho de que, lo mismo que sucede - ya en otros sectores jurídicos - como el derecho laboral, la legislación sobre seguros y arrendamientos - urbanos, las condiciones generales de contratación - existe también un "proceso de institucionalización", de "cristalización" de las formas jurídicas de so-- ciedad.

Para justificar este punto de vista expone en primer término la significación que el concepto de institución tiene para la actividad científica en general y en particular dentro de la ciencia jurídica. Especial atención presta a la teoría institucional francesa - del derecho público (128) y a la aplicación que la - doctrina francesa ha hecho del concepto "institución", como contrapunto al de contrato, para resolver deter-

minadas cuestiones del moderno derecho de sociedades anónimas como, por ejemplo, la vigencia de determinados supuestos del principio de mayorías y los supuestos para la revocación de los administradores ó de los censores de cuentas (129). Como resultado de este examen sostiene que no puede hablarse todavía de la existencia de "instituciones", como criterios firmes de valoración, sino de un "proceso de institucionalización". Los motivos que llevan a esta institucionalización no son en derecho de sociedades los tradicionales de personalidad jurídica, auto-organicismo ú organicismo de terceros, binomio poder de -- dirección-responsabilidad patrimonial -cuestiones de las que Teichmann se ocupa críticamente (130)- sino el interés público en la existencia de cada figura societaria y en la conservación de sus rasgos típicos; la protección de los socios, en las sociedades cuyos títulos se cotizan en bolsa o están grandemente repartidos; la protección de la confianza de los terceros y del tráfico; la "función de la sociedad". Bajo esta expresión se recoge tanto la garantía de funcionamiento de la sociedad en sentido formal -su simple aptitud funcional- cuanto el que la actividad de la misma se realice en consonancia con la ética -de la constitución, con "las directrices democráti--

cas fundamentales" de esta última (131). La combinación de esta pluralidad de "motivos" permite establecer los límites dentro de los cuales es posible, en cada forma societaria, la autonomía contractual (132). El análisis se centra en el tema de la posición jurídica de socio. Del examen de los derechos y obligaciones - que la ley anuda a la condición de socio, de las facultades y deberes de carácter administrativo y del régimen de disolución de la relación jurídico-social llega a la conclusión de la posibilidad de determinar, desde el punto de vista institucional, la licitud ó - ilicitud de los supuestos atípicos. Al significado -- "institucional" de las sociedades de capitales responde, según él, el que exista una separación de las facultades de decisión y de control. No serían lícitas por tanto las cláusulas por cuya virtud se atribuyen al Consejo de vigilancia facultades administrativas, cosa que sucede frecuentemente en la sociedad de responsabilidad limitada (133). Por el contrario son admisibles los acuerdos que privan al socio que no interviene activamente en la marcha de la empresa del derecho a decidir asuntos importantes de la misma. - Permitir pues intervención indiscriminada de éste en la formación de la voluntad social, sin tener en cuenta su interés ó capacidad para atender esas necesida

des económicas, significaría un riesgo grave para la existencia misma de la empresa (134). Asimismo cabe admitir la posibilidad de ejercicio de la actividad gestora de las sociedades personalistas por terceros no socios (organicismo de terceros) (135).

A la vista de estas consideraciones puede decirse, - por vía de síntesis, que la teoría institucional contempla prevalentemente expectativas de comportamiento nacidas de la contraposición entre configuración y aseguramiento del ámbito de actuación individual - por una parte y la necesidad de atender las exigencias de índole social por otra. Estas expectativas se encuentran acuñadas en los institutos jurídicos, los cuales imponen limitaciones a la libertad contractual a través de normas de carácter objetivo. Por vía de la institucionalización se acotan sectores de ordenamiento jurídico sustraídos a las facultades de disposición de los socios, los cuales quedan sometidos a la observancia de normas impositivas objetivas distintas de las normas de derecho necesario tradicionales.

IV. Derecho español

En derecho español el tema de las sociedades atípi--
cas constituye, uno de los problemas de la parte ge-
neral de sociedades más insuficientemente elaborados
sobre esta materia. No sólo no existen trabajos ~~monog-~~
gráficos, sino que salvo aisladas referencias, falta
en la doctrina el tratamiento más elemental (136). -
La razón de ello está por un lado, en la escasa aten-
ción que hasta tiempos recientes se ha prestado a --
los aspectos dogmáticos del derecho de sociedades, -
pero sobre todo a la convicción de que el tema de --
libertad contractual no plantea en este sector otros
problemas que el de la existencia de un numerus clau-
sus de sociedades mercantiles y el respeto a los in-
tereses de los terceros (137). Esta situación se --
agrava además por la escasez de textos legales apli-
cables a este temario así como su inadecuación a las
exigencias actuales del tráfico.

Siguiendo la exposición de los apartados anteriores,
vamos a limitarnos a un examen analítico y sistemáti-
co de nuestro ordenamiento. Los aspectos críticos --
y constructivos serán examinados más abajo (138). --
Por razones de claridad parece conveniente abordar -
esta problemática en los tres planos sobre los que -
se proyecta el fenómeno de la atipicidad societaria:
libertad para crear nuevas formas de sociedad, liber

tad para elegir entre las formas del catálogo legislativo, libertad de configuración del contenido del contrato. Esto va a permitirnos destacar, por vía de contraste, los aspectos en que nuestro ordenamiento se diferencia de los que hemos venido estudiando.

1. Creación de nuevas figuras por los particulares

El problema de la invención de nuevas formas de sociedad viene propuesto en dos artículos del Código de Comercio. El art. 122, establece que las compañías mercantiles se constituirán "por regla general" adoptando una de las formas que en él se ennumeran: sociedades colectiva, comanditaria y anónima. A estas tres figuras hay que añadir hoy, para completar el catálogo legal, las sociedades reguladas en la legislación especial -sociedades de responsabilidad limitada y --cooperativa-, y la sociedad comanditaria por acciones. La fórmula recogida en el art. 122 C. Comercio tiene, como puede verse, un carácter puramente enunciativo, que excluye para nuestro derecho, la existencia de un numerus clausus de sociedades mercantiles. A este re-

Resultado lleva asimismo el art. 117 C. Comercio, en el cual se consagra la orientación ideológica del legislador de 1885. Este pensamiento liberal, que inspira el Código vigente, se encuentra explícitamente formulado en la ley de Bases, aprobada por el Decreto de 20.9.1869, y en la propia Exposición de Motivos.

A la vista de estos textos puede decirse que el ordenamiento positivo español se decide por la libertad de invención de las formas mercantiles de sociedad. - El proceso seguido por el legislador hasta llegar a esta posición no deja de ser, en cierto modo, curioso. En la primitiva ley de Bases de 1869 se destacaba ya la insuficiencia de las sociedades mercantiles tradicionales para atender las necesidades del tráfico - y la conveniencia de introducir, junto a las ya reguladas, nuevas formas societarias. La autonomía de voluntad de los socios quedaba limitada a la facultad de modificar la organización interna de la sociedad - de acuerdo con las necesidades del caso concreto; las relaciones externas -responsabilidad frente a terceros, representación de la sociedad- constituían el -- criterio diferenciador de las figuras legalmente reguladas y debido a ello estaban excluidas del juego de la libertad contractual.

La Exposición de Motivos introduce algunas correccio-

nes importantes a esta orientación. Por influencia de la idea de libertad contractual, dominante en el momento de la codificación, el legislador español configura el derecho de sociedades en base a esta concepción permitiendo con ello una gran libertad de asociación. El art. 117 C. Comercio lo expresa con toda claridad al afirmar la validez y obligatoriedad del contrato de sociedad que se celebre con los requisitos legales, "cualquiera que sean sus formas, condiciones y combinaciones siempre que sean lícitas y honestas y no esten expresamente prohibidas en la ley". Se produce con ello una extrapolación del significado de la libertad contractual, que encuentra en el art. 122 C. Comercio su formulación. En esta misma dirección se orientan el art. 133 del Reglamento de R^o Mercantil de 1919 y la jurisprudencia de la época (139). Una lectura cotejada de los pasajes de la ley de Bases y de la Exposición de Motivos, referentes a este tema, ponen de manifiesto la transposición de ideas que acaba de indicarse.

Frente a las directrices ideológicas del Código vigente la práctica ha reaccionado en sentido sumamente cauteloso. De hecho no parece que la publicidad ofrecida en el art. 122 C. Comercio haya sido aceptada por el tráfico. En vez de hacer uso de este precepto

para crear nuevas figuras, los particulares han preferido servirse de las ya existentes, adaptando su estructura a las necesidades de cada caso. Se pensaba -- que, de otra forma, la seguridad del tráfico se vería dañada. Por otro lado existía la creencia de que las nuevas sociedades, no llegarían a encontrar crédito entre los intervinientes en la vida económica. Esta misma reacción podía advertirse ya en el plano legislativo. En primer término, el nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 1956 no solo no acoge el contenido del art. 123 del anterior, sino que a través del art. 84 abre el camino a la protección registral a -- las sociedades "que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de Comercio ó a Leyes especiales". Se exceptúan de esta regla las sociedades extranjeras y las mutuas de seguros, cuando se den los requisitos que la ley previene (art. 84 núms. 2 y 3). En segundo lugar, la legislación fiscal parte, en el tratamiento tributario de la actividad societaria, de figuras que están reguladas en el Código. No existe a este propósito una expresa declaración legal pero toda la sistemática de nuestro ordenamiento es -- clara en este sentido (140). A través de estas dos correcciones se pretende una vuelta a la orientación -- seguida por la ley de Bases de 1869 y de este modo una más eficaz protección de los terceros.

La doctrina adopta un planteamiento semejante. La idea central es la existencia de un *numerus clausus* de sociedades mercantiles. Las razones para ello son no solo técnicas sino de política-jurídica. Se entiende que para el derecho de sociedades vale la misma concepción que inspira la regulación de las figuras, en las que el efecto de la actividad realizada traspasa el ámbito de actuación de los propios intervinientes. El tercero que estableciese relaciones con una sociedad no regulada correría -se dice- un riesgo incompatible con las exigencias de seguridad del tráfico. Lo mismo habría que decir respecto de la protección del socio individual. Todo ello justifica la sustitución de la ideología liberal del Código de Comercio y la consolidación del *numerus clausus* de sociedades. En derecho español no hay espacio para el fenómeno de la atipicidad entendido como invención de nuevas figuras por los particulares.

Para hacer efectiva la existencia de este *numerus clausus* se cuenta con el instrumento técnico de la inscripción en el Registro. Esta medida de control preventivo lleva consigo que las sociedades atípicas no puedan acogerse al régimen de publicidad registral. Las particularidades de nuestro sistema hacen que el recurso a la inscripción ofrezca una eficacia relativa

va. Lo que sucede en realidad es que, a falta de sanciones más rigurosas, el problema de las sociedades atípicas se transforma en un problema de "irregularidad". Más que un *numerus clausus* habría que hablar de un número "abierto" en el que las sociedades no pertenecientes al catálogo legislativo quedarían sometidas al régimen de responsabilidad típico de la colectiva (141). No parece pues que en derecho español los textos legales consagren la existencia de un *numerus clausus* como principio esencial del ordenamiento positivo en la forma en que se entiende, por ejemplo, en derecho italiano.

2. Posibilidad de elección entre las figuras del catálogo legal

La libertad de elección entre las sociedades ya creadas por el legislador se encuentra sometida en nuestro ordenamiento a ciertas limitaciones. Por un lado, cuando se trata de fines a los que la ley otorga una especial cualificación, los particulares quedan obligados a adoptar una estructura organizativa determinada. -- Tal es el caso de la sociedad cooperativa. Si varias -

personas, con objeto de lograr fines comunes de orden económico-social, aunan sus esfuerzos con capital variable y sin ánimo de lucro, (art. 1 ley de 2.1.1942), deberán constituir necesariamente una cooperativa -- (142). Por otro lado, la ley impone la adopción de -- una determinada forma social cuando se dan determinados presupuestos. Así, con carácter general, la forma de sociedad anónima en todas aquellas sociedades que, con excepción de la comanditaria simple, limiten en -- cualquier forma la responsabilidad de sus socios y -- tengan un capital superior a cincuenta millones de pe setas (art. 4 de la LSA modificado por la ley de 5.12. 1968). En otros casos el objeto de la actividad ejerci tada -seguros, inversión mobiliaria, actividades ban- carias- exige que ésta se realice en forma de socie-- dad anónima.

La elección de las restantes formas tradicionales de so- ciedades mercantiles no depender ni del fin ni de la actividad realizada. La estructura jurídica de estas figuras "sirve", en el marco de una actividad mercan- til, a fines de la más diversa naturaleza. En este -- sentido puede decirse que son fórmulas organizativas intercambiables, ya que entre fin societario y estruc- tura legal no existe por imperativo legal ninguna vin- culación. La doctrina española no se ha planteado el -

problema de aquellas sociedades en las que el fin puede ser incompatible con la estructura societaria, aspecto, del que, como hemos visto, se ha ocupado el derecho comparado. El único tema examinado en este contexto ha sido el relativo al ejercicio de una actividad mercantil bajo regimen de comunidad y el supuesto inverso de sociedades mercantiles aplicadas a un objeto no comercial, cuestiones ambas que han sido objeto de gran atención en la literatura científica.

Sin animo de entrar en los detalles del problema, hay que indicar las directrices fundamentales del mismo. En principio, y de acuerdo con la doctrina más autorizada, no existe ninguna limitación legal a la adopción de figuras mercantiles para finalidades civiles: esto vale en todo caso para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, dada la indiferencia de objeto de las mismas; en cuanto a las restantes sociedades mercantiles, el art. 1670 C. Civil autoriza expresamente su aplicación para actividades de carácter civil. Lo que en estos casos se discute es el regimen aplicable, dada la regla de prelación de fuentes establecida por el art. 1670 C. Civil. Por razones dogmáticas y de política jurídica se ha sostenido la necesidad de someter estas sociedades a las normas generales reguladoras del tipo jurídico correspondiente, ex

cluyendo las relativas al status del comerciante. Esta distinción tiene por finalidad el evitar una deformación de los conceptos y al mismo tiempo el peligro de confusión en el tráfico. Recientemente el profesor Garrigues ha sostenido que a las sociedades civiles, con forma mercantil es aplicable el art. 1667 sobre libertad de formas y no el art. 119 C. Comercio. Los requisitos recogidos en este último constituyen elementos de diferenciación de las sociedades mercantiles y por consiguiente sólo son aplicables, opinión de Garrigues, a estas últimas. Lo mismo cabría decir respecto de la eventual inscripción de estas sociedades en el Registro mercantil, solución a su juicio rechazable ya que induciría a error a los terceros sobre la verdadera naturaleza de la sociedad (143). - Desde un punto de vista de lege ferenda es dudoso que esta interpretación sea conveniente, cuestión esta de la que vamos a ocuparnos más abajo.

Respecto de la problemática general de constitución de sociedades civiles para fines mercantiles, la cuestión se centra básicamente en el tema de las asociaciones que ejercitan una actividad mercantil, subordinada a la fundamental de la Asociación. Dada la importancia práctica de este tema vamos a referirnos a él con mayor detalle. La existencia de asociaciones dedicadas

a actividades económicas, organizadas por lo general en forma de empresa, constituye un fenómeno de amplia difusión. No hay más que pensar, por citar solo algunos ejemplos, en las agrupaciones de estudiantes que organizan viajes y actividades turísticas como si se tratara de una Agencia de Viajes; asociaciones religiosas titulares de empresas editoriales; actividades musicales realizadas por asociaciones culturales que contratan interpretes, locales, etc., y administran e invierten las cuotas de sus miembros; operaciones -- económicas conectadas^a la actividad de asociaciones deportivas. Estos supuestos bastan para poner de relieve la importancia de este tema en el tráfico económico.

De las distintas modalidades que puede revestir el ejercicio de la actividad económica de una asociación interesan aquí únicamente los supuestos en que la explotación del negocio mercantil no constituye el fin principal y básico de la figura asociativa. Se trata de aquellos casos en que junto a la prosecución de fines no lucrativos se realiza una actividad económica duradera, independiente, consistente en su mayor parte en la ejecución de operaciones mercantiles y orientada por lo general a la obtención de beneficios (144). No quedan comprendidas en este temario las aso

ciaciones creadas prevalentemente para fines económicos ya que, bajo el nombre de "asociación" se esta en presencia, en definitiva, de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada (145).

Los problemas a que da lugar la existencia de asociaciones, que, teniendo una finalidad principal no lucrativa, desarrollan una actividad mercantil como medio para la realización de sus fines, son complejos. Por un lado esta la cuestión de ver en que medida la forma jurídica "asociación" se ajusta a estas modalidades del tráfico económico. Aquí entra en juego el debatido tema de la distinción entre sociedad y asociación cuyo tratamiento en los ordenamientos latinos se ve dificultado precisamente por el hecho de hacer de la índole económico-lucrativa del fin, el elemento diferenciador de estas figuras. La consecuencia de este planteamiento es que figuras societarias por su estructura han de ser consideradas como asociaciones -- por su fin y al revés. Por otro lado se plantea el problema de la naturaleza jurídica de estas figuras y el régimen a ellas aplicable. De la pluralidad de cuestiones conectadas a este temario (146), aquí solo interesa examinar cuándo una asociación, que lleve a cabo una explotación mercantil, queda sometida al status de los comerciantes. Desde el punto de vista dog

matémático no es claro que estas figuras, sin perder su naturaleza jurídica, puedan adquirir sin más la condición de comerciantes y quedar sometidas a las obligaciones legales de contabilidad, inscripción, régimen de quiebras, prescripción especial de las acciones del art. 947 C. Comercio. A este tema se anuda la cuestión de en qué medida no estamos en presencia, en tales supuestos, de sociedades colectivas irregulares.

El problema hay que examinarlo en dos planos: por un lado está la cuestión técnica de considerar como comerciantes, en el sentido del art. 1 C. Comercio, a aquellas figuras en las que la explotación comercial se lleva a cabo a través de una independización de la actividad de empresa y de la mano común (147), -- por otro lado el aspecto político-jurídico de aplicar a todas las asociaciones que intervienen en el tráfico económico el régimen de responsabilidad de la colectiva (148) y la relevancia que a estos efectos tiene el hecho de que la asociación se encuentre o no inscrita en el Registro.

El problema hay que resolverlo de acuerdo con exigencias de adecuación de la estructura de estas figuras al tráfico al que las mismas se destinan: aplicación del status del comerciante sin que la asociación se

transforme por el ello en uno de los tipos mercantiles de sociedad. Con estas ideas pueden verse ya cuales son las directrices de nuestro ordenamiento sobre las relaciones entre forma social y fin, estructura típica -fin social-.

3. Modificaciones del contenido del contrato

El tema de los límites a la libertad de configuración del contenido del contrato, que es donde como hemos visto se plantean hoy los problemas de atipicidad societaria, se examina en nuestro ordenamiento con ideas típicas del derecho de obligaciones. Configurado como una modalidad del régimen de libertad contractual establecido con carácter general en el art. 1255 C. Civil se somete el contrato de sociedad a las mismas reglas que se ocupan de esta materia en derecho de obligaciones. Por un lado no se ponen más límites que los derivados de las normas de derecho necesario; Por otro, se sostiene que esta libertad no puede dar lugar a una deformación del esquema negocial ni a que el resultado práctico perseguido con este sea extraño al tenido en cuenta por la ley o contrario a la finali-

dad de esta (149). En la literatura jurídico-mercantil esta última exigencia se traduce en la prohibición de abusos de las formas sociales -que perjudicarían los intereses de los terceros y la seguridad del tráfico- y, en su formulación más actualizada, en la invalidez de las cláusulas atípicas que impliquen fraude al sentido y función de los tipos legales (150). La doctrina española se orienta de forma programática en la misma dirección del derecho comparado. Con ello no se ha dicho todavía cual sea en nuestro derecho la "función y el sentido" de cada forma societaria. El criterio de la tipicidad social está en este sentido poco elaborado. Lo mismo cabe decir respecto de una rigurosa determinación de los elementos de identificación del tipo, individualización de las normas de derecho necesario, criterios de identificación de las formas atípicas, régimen aplicable a las mismas, existencia o no de contenido normativo de los tipos legales. Todo este temario no parece que pueda resolverse con las directrices generales que acaban de indicarse, por ello es necesaria una mayor atención doctrinal y jurisprudencial a este sector.

C. La aplicación del método tipológico a los problemas de estructura del derecho de --

sociedadesI. I. Ideas generales

Dentro del movimiento de revisión del significado de la libertad contractual en derecho de sociedades, cuyos trazos fundamentales acabamos de exponer, destacan por su importancia las aportaciones dirigidas a configurar este sector del ordenamiento bajo principios tipológicos. Este hecho hace necesarias algunas consideraciones preliminares. La corriente de pensamiento "tipológico" -que en su núcleo esencial supone la inserción de determinadas concepciones dogmáticas, elaboradas por la doctrina lógica, en una problemática de derecho positivo- se ha convertido en uno de los temas más importantes de la moderna metodología jurídica (151). A partir, de una crítica sistemática de la configuración conceptual tradicional del derecho positivo -a la que no ha sido ajena la función de determinadas concepciones filosófico-jurídicas- se han realizado en Alemania y Suiza numerosos trabajos de investigación orientados a destacar la estructura lógica de los tipos y su significación

ción técnico-jurídica (152). La difusión del pensamiento tipológico en amplios sectores del derecho público (153) y su ulterior aplicación al derecho privado, han abierto el camino para un tratamiento coherente de problemas jurídicos desde una perspectiva metodológica nueva. Así, por citar solo algún ejemplo, Raisch ha intentado elaborar un tipo jurídico de empresario que sirva de elemento ordenador central del derecho mercantil (154) y Diederichsen ha recurrido a la figura de la "compraventa de mercaderías" para aprehender jurídicamente los intereses que se ponen en juego en este sector del tráfico (155) (156). En estos supuestos el tipo viene utilizado, básicamente, para determinar en qué medida la regulación legal de un determinado sector suministra los principios ordenadores aptos para sostener el carácter vinculante de una disciplina jurídica concreta. La función del "tipo" en la ciencia jurídica va sin embargo más allá de esta tarea. Como vamos a ver en seguida, implica una radical transformación de los planteamientos tradicionales en materia de interpretación y aplicación de las normas jurídicas y de una visión diversa de la dinámica interna del proceso de creación del derecho. La etapa más reciente y probablemente más interesante de esta orientación metodo-

lógica es la configuración tipológica del derecho de sociedades. La controversia sobre la oportunidad de trasladar al derecho privado positivo postulados de naturaleza lógica ha alcanzado en derecho de sociedades su punto máximo (157). En principio, el examen de esta problemática viene conectado a los intentos de superar la ideología liberal del ordenamiento vigente, es decir, se limita a los aspectos técnico-formales de los límites a la libertad contractual en derecho de sociedades. Sin embargo, la aplicación de esta concepción tipológica significa la revisión de planteamientos dogmáticos y metodológicos fundamentales y la implantación de una terminología en gran parte nueva. La atención prevalente hacia los problemas de índole político-jurídica obedece básicamente a las particularidades del derecho positivo. La ausencia en los ordenamientos alemán y suizo de una norma de la que pueda deducirse, con seguridad, la inderogabilidad de los elementos de identificación de las figuras del catálogo legislativo, es decir, la existencia de un *numerus clausus* de formas de sociedad -al revés de lo que sucede, por ejemplo, en derecho italiano- ha hecho necesaria la instrumentalización del pensamiento tipológico en esta dirección. De ahí la identificación de los problemas del tipo con el significado de las normas -

de derecho dispositivo y, en general, la contraposición entre forma social y tipo legal -concepto y tipo por razón del carácter necesario o dispositivo de la disciplina legislativa (158).

A pesar del número y calidad de los trabajos tipológicos, esta corriente de pensamiento no parece haberse consolidado. La falta de una determinación conceptual unívoca del tipo, los problemas de separación entre conceptos y tipos, como formas de pensamiento diferenciadas y, sobre todo las dificultades que presenta la argumentación tipológica, como método para explicar la singularidad de los fenómenos jurídicos, hace que cualquier exposición de esta naturaleza deba ir precedida necesariamente de una serie de precisiones terminológicas y conceptuales. En la literatura especializada se echa en falta una elaboración de este instrumental desde una perspectiva rigurosamente jurídica y de carácter metodológico (159). Este hecho no debe desorientar sin embargo sobre la finalidad del presente apartado. Aquí no se pretende, por razones obvias, realizar un estudio de lógica-jurídica, ni siquiera reproducir orientaciones metodológicas que pueden encontrarse mejor expuestas en la bibliografía especializada. El objetivo es examinar -basicamente, los aspectos dogmáticos y metodológicos

de la atipicidad societaria.

II. Configuración tipológica del derecho de sociedades

1. Significado del pensamiento tipológico en el proceso de formación del Derecho

a) Aspectos dogmáticos y metodológicos de - la teoría de los tipos

La conformación tipológica del Derecho de sociedades supone, como acaba de indicarse, la inserción en una problemática de estricto derecho positivo, - problemas de identificación de las formas legales de sociedad y determinación de los criterios aptos para la interpretación y aplicación de sus normas reguladoras-, - de una construcción que en gran medida ha sido obra de la doctrina lógica. Esta construcción descansa básicamente en la diferenciación funcional y estructural de los conceptos y tipos como formas de pensamiento. La moderna metodología ha sido la primera en poner de relieve, bajo un planteamiento general, la --

significación de estas figuras en el proceso de formación y aplicación del Derecho (160). En esta dirección se orienta asimismo un buen número de estudios recientes en los que se intenta resolver concretas cuestiones jurídico-societarias con ayuda del pensamiento tipológico (161). La estrecha vinculación existente entre investigación lógica y ciencia jurídica, en el sector que ahora se examina, ha llevado a que se encuentre generalizada en todo estudio sobre problemas de tipología legal, la costumbre de iniciar estos trabajos con una exposición de los aspectos -- conceptuales y terminológicos de los conceptos y tipos desde el punto de vista de la lógica.

A propósito de esta orientación conviene algunas precisiones sobre la finalidad de este apartado. Sin entrar en el fundamento de esta construcción metodológica-que algunos han llegado a justificar como una -- exigencia de probidad intelectual (162)- Parece claro que en un estudio como el que aquí se realiza no es -- necesaria una introducción sobre el contenido de la -- teoría de los tipos en sentido lógico. Las razones para ello son principalmente dos: en primer lugar los -- criterios lógicos de distinción entre conceptos y tipos, en los términos en que propone este tema la metodología tradicional, no son hoy materia pacífica. Ha-

bría que comenzar por examinar las corrientes de revisión en este sector y reconstruir de forma crítica todo un temario que excede con mucho de la finalidad de este apartado. En segundo lugar existen serias dudas sobre la oportunidad de trasladar a un esquema estrictamente jurídico, como es el nuestro, un planteamiento elaborado por los lógicos y desde él independientemente de la corrección de sus premisas -- dotar a las categorías jurídicas de una dimensión -- funcional nueva. La problemática estructural y funcional de los conceptos y tipos no es, como vamos a -- ver, la misma en el campo de la lógica que en el de la ciencia jurídica. Es por ello por lo que para el examen de los aspectos dogmáticos y metodológicos de la teoría de los tipos hay que situarse en una perspectiva rigurosamente jurídica y plantear el problema en una doble dirección: por un lado, destacar la singularidad de la tipología jurídica moderna frente a las construcciones metodológicas tradicionales; por otro, ver dentro de qué límites la figura del tipo puede ser eficaz para el desenvolvimiento de la ciencia del Derecho.

Como punto de partida puede sentarse la siguiente -- premisa: el pensamiento jurídico ha sido y es todavía un pensamiento esencialmente conceptual. La mi--

sión inherente a la ley de aprehender, descubrir y ordenar acontecimientos de la vida y designar las consecuencias jurídicas a ellos conectadas, se realiza a través de los conceptos, entendidos en sentido amplio. Estos constituyen basicamente figuras de contenido abstracto-general, que a través de un mecanismo de subsunción hacen posible la clasificación de los objetos individuales y su sometimiento a una determinada norma jurídica (163). Esta misión, que se encomienda a la ley no puede llevarse a cabo satisfactoriamente solo mediante el sistema lógico de los conceptos abstracto-generales. Para poder individualizar los elementos del supuesto de hecho -y como un medio complementario en la tarea de aprehensión y exposición de relaciones jurídicas- se ha creado la figura del "tipo" (164). La concurrencia de estas dos figuras plantea un problema de delimitación recíproca, tema el que hay que hacer todavía algunas puntualizaciones.

La primera es que los problemas de delimitación entre conceptos y tipos, en sentido jurídico, se deben en gran medida a la aplicación a este análisis de criterios de carácter exclusivamente lógico. Se ha creído poder transportar, diríamos que "a peso", los elementos conceptuales elaborados por la lógica y extraños

por su naturaleza a nuestro temario, sin verificar --
previamente en qué medida quedaban atendidos con --
ellos las exigencias de carácter jurídico. La conse-
cuencia ha sido no solo una insatisfactoria separa--
ción conceptual entre ambas figuras sino la convio--
ción de que la teoría de los tipos, en la forma pro-
puesta, era absolutamente inadecuada para resolver -
cuestiones de índole jurídica. En otras palabras, se
trasladaba a este sector una técnica metodológica cu-
ya aplicación daba lugar a problemas que ella misma
no estaba en condiciones de resolver. Esta actitud -
de crítica global parecía tanto más justificada cuan-
to que las premisas adaptadas por la metodología jurí-
dica -importadas de la investigación lógica en una -
fase determinada de su evolución- están siendo obje-
to de revisión y en gran medida abandonadas por los
más recientes estudios en este campo. A esta cues- -
tión nos hemos referido de modo incidental más arri-
ba para justificar las razones de la remisión de es-
te temario en nuestro trabajo. Lo que interesa desta-
car y a ello vamos a referirnos a continuación es --
que, en el tratamiento de las cuestiones conectadas
al problema de los conceptos y tipos realizado por -
la investigación jurídica más reciente, se parte de
criterios que implican en su esencia una concepción

radicalmente distinta de los planteamientos metodológicos tradicionales. Un ejemplo puede ilustrar lo que venimos diciendo. Debido sin duda a la función subsuntiva y clasificatoria que le ha sido adjudicada, el concepto jurídico viene considerado como una figura caracterizada por las notas de univocidad, exactitud y seguridad de aplicación, susceptible por tanto de una precisa determinación; es decir, una figura dotada de los mismos atributos que caracterizan tradicionalmente el concepto en sentido lógico (165). Si se examina su estructura interna se advierte la rigidez (Starrheit) y el carácter cerrado con que se articulan las características conceptuales -la subsunción de un fenómeno individual en un concepto solo tiene lugar cuando concurren todos los elementos definidores de este último-. Frente al concepto el tipo, se presenta por el contrario como una figura de características graduables (Abstufbarkeit) y abiertas, más próximas a la realidad, en el cual el mecanismo de --aprehensión de los supuestos de hecho singulares tiene lugar no por vía de subsunción (pertenencia o no pertenencia, sin que quepan terminos medios) sino de coordinación (mayor o menor correspondencia con la --"figura de sentido" del tipo); a la función clasificatoria del concepto corresponde una función ordenadora

del tipo, cuya finalidad no es definir sino describir (166). Esta contraposición, que puede encontrarse hoy en los manuales metodológicos clásicos y que desde -- una perspectiva lógica probablemente podría aceptarse, es rechazada por la doctrina más autorizada en términos que diríamos no ofrecen dudas.

La crítica a este planteamiento se realiza en planos -- diversos. Por un lado se sostiene la imposibilidad de configurar el concepto jurídico como una unidad de me dida cerrada en si misma perfectamente delimitada absoluta e inmutable. El concepto jurídico es más bien una figura necesitada de delimitación y corrección. -- Esta determinación del concepto se lleva a cabo básicamente en función del "fin de la ley" que, a partir de la jurisprudencia de intereses, y sobre todo de -- Ihering, constituye el momento decisivo en el proceso de formación de los conceptos jurídicos. La vincula-- ción entre el concepto y los esquemas valorativos inherentes al fin legal, por su propia naturaleza cam-- biantes, da a estas figuras un carácter necesariamen-- te contingente y hace imposible el que puedan ser de-- finidas con absoluta exactitud (167). Los conceptos -- jurídicos se presentan ante todo como figuras necesi-- tadas de ulterior determinación (conocidas en la meto-- dología de habla alemana bajo el nombre de "deutungs-- bedürftigte juristische Begriffe" (168), lo cual lle--

va consigo importantes consecuencias metodológicas. - La más importante es que ó bien se despoja a los conceptos jurídicos de su cualidad "conceptual" -en el sentido que este término ha sido entendido hasta ahora- y se buscan nuevas formas de pensamiento que puedan reunir las características de aproximación a la realidad y contenido valorativo, propias de aquellos -y que en términos de larga aproximación la metodología clásica venía atribuyendo al "tipo" (169) o bien se reconoce junto al concepto de los lógicos como categoría paralela de los conceptos jurídicos necesitados de determinación. Este último caso, que parece - el más atendible, plantea el problema de la distinción entre conceptos y tipos en un plano diverso: -- frente al binomio concepto-tipo, de la lógica jurídica tradicional, la diferenciación se concreta en los conceptos jurídicos abiertos -dentro de los que habría que incluir tanto al concepto jurídico en sentido amplio, cuyo contenido se determina de acuerdo -- con un sistema valorativo específico, como el "concepto" del tipo- y conceptos jurídicos cerrados ó conceptos jurídicos en sentido extracto (170).

De ahí se deriva una consecuencia importante: la - separación entre concepto jurídico en sentido estricto y tipo no se resuelve con la ecuación -- univocidad del concepto -necesidad de de- --

terminación del tipo, como ha venido sosteniendo la metodología tradicional, sino en las notas de este último- carácter abierto, frente a las características cerradas del concepto (171) (172); conexión de sentido del tipo y significado teleológico del concepto (173); estructuración y carácter reproductivo del tipo. Notas que más que marcar una contraposición radical entre las dos figuras expresan dos fases consecutivas dentro del proceso del pensamiento valorativo (174).

En la literatura científica más reciente que se ocupa de cuestiones tipológicas, al abordarse el problema de la posición de los conceptos y los tipos en la dinámica de formación del Derecho, el pensamiento tipológico viene configurado como una fase previa a la del pensamiento conceptual (175): el tipo es la forma de pensamiento mejor que satisface la exigencia de adecuar el "valor" al objeto que debe ser valorado. Dentro del carácter fluctuante de este proceso es frecuente que los tipos se "solidifiquen", transformándose en conceptos. El concepto así formado no contiene nunca una fijación definitiva de la valoración que en ellos esta implícita. La razón se encuentra en que tanto la realidad social cambiante, sobre la que operan los conceptos, como las valoraciones tam

bién cambiantes que subyacen a estos hacen necesario constantemente nuevos elementos de delimitación para los cuales es típico el estilo de pensamiento valorativo abierto, por lo general tipológico. El tipo aparece, desde esta perspectiva, como la figura adecuada para una formación de supuestos de hecho respecto de los cuales no estén todavía bien delimitados los factores valorativos que han determinado su nacimiento y, consiguientemente, como una fase preliminar al momento conceptual. Esta posición del tipo en el proceso de formación del derecho plantea, como cuestión más importante, la significación de este último para la actividad legislativa, aspecto al que vamos a referirnos a continuación.

Importante es, en este contexto, retener que el tipo, como figura distinta del concepto, suministra la -- idea de la existencia, dentro de un instituto jurídico, de un núcleo esencial, el cual es un común de nominador de todos los fenómenos que forman parte -- del tipo, a pesar de las diferencias que puedan dar se entre ellos respecto de rasgos singulares (176). La peculiaridad del pensamiento tipológico esta -- pues en "iluminar" lo esencial, lo que para la valoración jurídica de un fenómeno singular aparece como más destacado. Esta combinatoria de los aspectos

empírico y valorativo que se realiza con el tipo legal tiene por consecuencia que a este puedan subordinarse fenómenos, individualizados a través de una directa observación de la realidad. En este caso la regulación legal resulta aplicable en su totalidad. El significado de cada disposición singular de este complejo normativo habrá de determinarse de acuerdo con la constelación de intereses que a la misma subyace. Este punto de referencia no constituye en modo alguno una instancia que vincule al intérprete de una -- vez para todas. Esta consideración cobra particular importancia sobre todo en un sector como en el del -- derecho de sociedades, en el que los tipos legales, en su versión actual, proceden de los trabajos de -- codificación del siglo pasado que a su vez enlazan -- con el proceso de conformación histórica de estas figuras, originado en la Edad Media.

b) El tipo como punto de referencia de las
valoraciones legislativas

Empezaremos con algunas consideraciones generales. Toda ley se compone, como es sabido, de una pluralidad

de principios jurídicos a través de los cuales se realiza la función de adecuar el derecho a la realidad. Este carácter instrumental de los principios jurídicos se manifiesta en una doble dirección: por un lado mediante la aprehensión y descripción de los fenómenos singulares cuya regulación se pretende (supuesto de hecho); por otro anudando a estos últimos determinadas consecuencias jurídicas. La conexión entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica se lleva a cabo de acuerdo con el postulado de "generalidad": la finalidad de la creación de principios jurídicos no es atribuir consecuencias jurídicas concretas a supuestos de hecho singulares sino formular, por vía general, las consecuencias aplicables a un número indeterminado de supuestos posibles. Este carácter general de las proposiciones jurídicas hace posible que las exigencias de justicia material, seguridad del tráfico e igualdad -los mismos hechos desencadenan efectos análogos- queden debidamente satisfechos (177).

Con la formulación de los principios jurídicos generales finaliza un proceso que arranca de la contemplación por el legislador de los fenómenos de la realidad. A través de sucesivas fases de abstracción, generalización y tipificación (178) el legislador destaca aquellos rasgos comunes a una pluralidad de hecho, do

tada de relevancia jurídica y los integra en un cuadro unitario. De este proceso interesa ahora no tanto su dinámica interna -cuyos rasgos generales pueden verse en los manuales de uso ordinario- cuanto el hecho de que en toda regla jurídica exista, como fundamento último, la contemplación por el legislador de un fenómeno de la realidad. Desde Savigny domina en la literatura jurídica la idea de que en la regulación de los institutos jurídicos el legislador no parte de representaciones jurídicas abstractas sino de situaciones que, bien por su peculiaridad, bien por su repetición se presenta ante el con una cierta tipicidad (179). Estos supuestos de hecho, nacidos en la realidad del tráfico y dotados por lo general de una cierta tipicidad social se les denominan tipos empíricos o reales (180).

Un ejemplo puede aclarar lo que acabamos de decir. Cuando el legislador regula el contrato de sociedad no tiene a la vista un esquema contractual abstracto caracterizado por el hecho de que varias personas se asocien para promover en común la realización de un fin común sino que parte de supuestos de hecho configurados de forma más concreta. Este "modelo" de la realidad en que se inspira el legislador -y al que se anudan los principios jurídicos- puede consistir por

ejemplo en la agrupación de varios sujetos, que por la persecución del fin común aportan no solo dinero sino su colaboración personal ó su trabajo. Todos los socios desempeñan funciones administrativas y todos responden de la misma frente a los terceros; Para el ejercicio de la empresa social se cuenta -- con la existencia de un patrimonio y los resultados de la explotación, prósperos ó adversos, afectan a cada socio en proporción al montante de su participación. Estos trazos, que corresponden al tipo empírico de sociedad personalista, son los que el legislador contempla directamente en la realidad y con variaciones más o menos importantes incorpora a la ley. La actividad legisladora tanto de épocas anteriores -especialmente en el momento de la codificación- como en la actualidad se sirve del método tipológico.

Dada la importancia que la formación de tipos tiene para el crecimiento de las normas jurídicas el primer problema que se plantea es el de su caracterización. En particular hay que determinar si los tipos que subyacen a la regulación legal son tipos empíricos ó tipos normativos. La cuestión tiene, como vamos a ver, notable interés práctico. Los tipos empíricos -denominados también reales ó prácticos- son

aquellos cuya configuración tiene lugar -como su nom
bre indica- bajo consideraciones de carácter empírico
-sociológico, estadístico, etc.- y están dirigidos a
una aprehensión, lo más fiel posible de los fenóme--
nos que tienen lugar en la realidad. Los tipos norma
tivos también están orientados hacia la realidad pe-
ro en ellos la aprehensión de ésta se lleva a cabo -
desde una perspectiva específicamente jurídica: no -
reproducen la realidad tal como es sino como debiera
ser. En ellas es esencial, como elemento constituti-
vo, esta dimensión valorativa (181).

Sobre la cuestión de si los tipos tenidos en cuenta
por el legislador e incorporados a la ley son empíri-
cos ó normativos no existe unanimidad. Para algunos
autores los tipos que surgen en la vida social entran
directamente en la ley y pasan a formar parte del or-
denamiento jurídico con su estructura tipológica ori-
ginaria (182). La opinión dominante entiende, por el
contrario, que los tipos que están en la base de la -
disciplina legislativa no son idénticos a los tipos -
empíricos. Estos últimos, al pasar por el filtro del
legislador, experimentan una transformación, son "ma
nipulados" (183). Estas dos tendencias no son contra-
puestas sino que expresan aspectos diversos de un --
proceso legislativo único (184).

Examinando más de cerca el fenómeno de formación de las leyes se observa que para el legislador la primera tarea es formarse un cuadro de la realidad social objeto de regulación. Los tipos empíricos, en su modalidad de tipos medios o de frecuencia (Durchschnitts- und Häufigkeitstypen) desempeñan un papel auxiliar de esta actividad: de entre la variedad de supuestos de la realidad destacan los que por sus características tienen una relevancia especial. A través de esta selección previa, el legislador, que necesita tener una visión de conjunto y ordenar la materia que ha de ser jurídicamente regulada, encuentra facilitado su cometido. En algunos casos, excepcionales, estos tipos empíricos se incorporan a la ley sin modificación ninguna. El legislador se limita entonces a tomarlos directamente de la realidad y a someterlos a consecuencias jurídicas determinadas (185). La regla general es, sin embargo, que estos tipos sean alterados y reconstruidos desde un punto de vista jurídico. --- Ello expresa lo que es misión fundamental de la ley: reglar y confirmar la realidad, no solo descubrirla (186). Esta realidad es objeto de valoración y regulación ya por la forma en que es aprehendida, por lo que de ella se acentúa ó por lo que no se toma en consideración; decisivo es el momento en que este mé

todo empírico se complementa con una valoración es--
trictamente jurídica. El modelo así configurado constituye el tipo normativo.

Esta situación ha sido formulada por Mengiardi dicien
do que los "factores reales" que el legislador se --
encuentra en el tráfico jurídico -figuras que en cuanto
a tales no están enteramente libres de un cierto -
contenido valorativo- se transforman bajo la influencia
de concepciones y decisiones político-jurídicas -
en "factores ideales" del derecho, es decir, en institutos jurídicos (187).

El segundo problema que se plantea es de índole técnico-jurídica. Se trata de ver si los principios jurídicos deben adoptar necesariamente la forma de concepto ó si pueden formularse también por medio de --
"descripciones típicas". Esta cuestión ofrece inte--
rés no solo para la formación del Derecho sino para
su aplicación. En principio, como ya hemos dicho, --
el método usado por el legislador tiene carácter basicamente conceptual. Se piensa, con razón, que gracias a sus características de abstracción y generalidad el concepto es el instrumento adecuado para clasificar los objetos y someterles a determinadas consecuencias jurídicas sin merma de las exigencias de
seguridad jurídica y justicia material (188). El he

cho, sin embargo, de que las valoraciones legislativas vengan orientadas en sentido tipológico y de que en la determinación de los conceptos se recurra invariably al tipo legal -la interpretación teleológica no opera, por su propia naturaleza, con conceptos abstractivamente definidos sino con los tipos -- que subyacen a aquellos- (189) obliga a cuestionarse sobre la posibilidad de aplicar esta figura para la exposición de supuestos de hecho legales.

En la doctrina tipológica ha dominado la opinión de que el tipo por sus características singulares, no -- podía satisfacer la exigencia de generalidad de la ley, a través de la cual es posible la realización -- del postulado de justicia material, según el cual -- hay que tratar por igual lo que es igual y desigual lo que es diverso. Las razones son las mismas que -- hemos visto al caracterizar los conceptos y tipos como formas de pensamiento. Limitándonos a los rasgos esenciales se ha dicho en primer lugar, que un procedimiento tipológico de creación y aplicación de las leyes, desprovisto de la capacidad de "abstracción -aislante" característica del concepto general, difícilmente realizaría el mandato de trato igual que -- acaba de indicarse; en segundo lugar, que la posición del tipo, a medio camino entre el concepto y el "va-

lor", hace que a pesar del mecanismo de aprehensión intelectual que el tipo pone en juego, la subordinación al mismo de un concreto objeto de la realidad no tiene lugar por la vía lógico-formal de la subsunción sino en base a específicas valoraciones. Finalmente se han objetado dificultades de tipo lingüístico y gramatical para una configuración tipológica de los supuestos de hecho legales (190). No hay razones técnicas que impidan al legislador servirse de un procedimiento tipológico, junto al tradicional de carácter conceptual. El requisito del trato igual inherente a la aplicación de las normas jurídicas no quiere decir que todos los fenómenos con una característica común deban ser tratados igual sino que la "igualdad de sentido", cuando exista, obliga a una valoración igual.

No hay que entender, por otra parte, las ventajas de una configuración conceptual de la ley como exclusión de otros métodos posibles. Esto luce sobre todo del hecho de que la ley no recoge en los conceptos problemas valorativos sino que opera más bien, con cláusulas generales y conceptos necesitados de ulterior determinación valorativa (191). Este carácter "abierto" de la ley, que obliga al legislador a recurrir a la jurisprudencia y a la doc-

trina para atender exigencias de valoración, permite sostener la posibilidad técnica de que se constituyan grupos de supuestos que como tales sean asumidos por la ley y, a través de su descripción tipológica, convertirllos en "clases". Este procedimiento no sólo no excluye la fase de configuración conceptual sino que constituye de hecho, un estudio preparatorio de la misma (192).

De lo que venimos diciendo se desprende que los tipos no sólo son un modelo tenido a la vista por el legislador que orienta la actividad de este, pero que como tales no se convierten en ley, sino que en algunas ocasiones pueden entrar directamente en el ordenamiento jurídico. No hay pues razones técnicas que obliguen al legislador a operar exclusivamente con definiciones conceptuales sino que la ley puede contener, asimismo, descripciones reproductoras de los tipos. En la práctica la transformación de los tipos en conceptos constituye, como hemos dicho, la regla general. Ello se debe básicamente a la aptitud que para una específica regulación de fines jurídicos -- tienen las notas características del concepto, diversas de las del tipo, en orden sobre todo al ámbito de su objeto y, esencialmente, a su procedimiento de aplicación. El concepto aparece entonces como una fi

figura dentro de la cual pueden comprenderse una pluralidad de tipos e incluso supuestos atípicos, en el sentido de fenómenos cuyo significado esencial no encaja en el esquema de valoraciones típicas acogidas en el concepto.

La posibilidad de que junto al método conceptual el legislador se sirva de una técnica tipológica como medio para formular principios jurídicos -posibilidad que como acabamos de indicar hay que admitir en términos amplios- da lugar a una serie de problemas, cuyo examen no puede abordarse aquí. Dos consideraciones son sin embargo necesarias: la primera, de carácter metodológico, se refiere a la consecuencia -- que la concurrencia de estos dos métodos -conceptual y tipológico- tienen para el sistema valorativo inherente a la actividad legislativa. La cuestión de si el tipo, como medio de aprehensión y exposición de relaciones jurídicas, a través del cual se expresan las peculiaridades esenciales de un fenómeno determinado, se conecta a una valoración de intereses o implica simplemente una consideración sociológica de la realidad en sus manifestaciones standard (193) -- tiene en este contexto un significado puramente académico. Ambas posibilidades quedan comprendidas dentro de las formas de aplicación del tipo. Sin embar-

ergo es preciso subrayar que, precisamente, a través -- de la tipificación -- una de las fases del proceso de formación del derecho escrito, según hemos visto -- más arriba -- transita el legislador desde una situación de conflicto de intereses individuales a una -- situación típica. En la medida en que la ley sea capaz de aprehender este núcleo de intereses, decisivo para llevar a cabo una valoración jurídica, podrá contarse con una acertada y justa determinación de -- consecuencias jurídicas.

A partir sobre todo de la jurisprudencia de intereses se sostiene que este proceso legislativo se articula en dos fases sucesivas: la primera implica una decisión de índole material: contemplación y valoración de las relaciones sociales y de los conflictos de intereses necesitados de regulación (decisión valorativa de primer grado) (194). En este estudio inicial -- de la actividad legislativa tiene lugar la sumisión del supuesto de hecho singular al esquema valorativo puesto en juego por el legislador y, por vía de generalización, la formación del tipo. Esta "valoración primaria" se lleva a cabo bajo consideraciones de -- justicia material y tiene por finalidad encontrar un adecuado modelo de regulación jurídica que a través de un proceso de pensamiento puramente lógico no se-

ería posible elaborar. El tema enlaza con la cuestión, en otra parte ya examinada, de en qué medida el reconocimiento de los conflictos de intereses subyacentes a determinadas normas jurídicas y la determinación de las necesarias medidas valorativas, para la decisión de estos conflictos, no exigen una estrecha conexión a la realidad económica, cuestión sobre la que todavía hemos de ocuparnos con algún detenimiento.

El mecanismo de formación de los conceptos jurídico-legales opera en un momento ulterior: a las valoraciones legislativas realizadas a través del tipo se superpone, por exigencias de seguridad jurídica, una segunda instancia valorativa. La distinción entre estas dos esferas de valoraciones y la forma en que se relacionan entre sí constituye uno de los temas centrales del proceso legislativo (195). Particular interés ofrece en este contexto la cuestión de los límites - dentro de los cuales pueden atenderse las aspiraciones de seguridad jurídica, a cuya satisfacción están orientados los conceptos generales, sin detrimento de las exigencias de justicia material que aquí significan, esencialmente, igualdad de trato. En este sentido se plantearían problemas; por ejemplo, el supuesto en que, en base a valoraciones de segundo grado -conceptuales- se llevase a cabo la calificación ju-

trídica de un fenómeno que no solo no ha sido compren-
dido dentro de las valoraciones de primer grado sino
que se opone derechamente a estas. En esta tensión -
conflictual entre ambas no parece que el legislador
ni el juez puedan encontrar fórmulas que resuelvan -
de una vez para siempre el problema de las relaciones
recíprocas entre estas dos valoraciones (196).

La segunda consideración es de índole dogmática y se
refiere a los criterios a través de los cuales puede
determinarse cuándo una normativa tiene carácter con-
ceptual ó tipológico ó, utilizando la terminología -
que acaba de indicarse, cuándo la valoración legislati-
va es de primer ó de segundo grado. La cuestión, -
como vamos a ver, tiene gran importancia en derecho
de sociedades. El problema viene conectado directa-
mente al temario de las figuras atípicas, toda vez -
que el sistema de la ley -el llamado método clasifica-
torio- permite que determinados acontecimientos cai-
gan bajo el supuesto de hecho de la norma jurídica,
aunque el esquema de interéses en juego no se corres-
ponda con la consecuencia jurídica prevista, con ca-
rácter general, por la ley. Entre el supuesto de he-
cho abstracto-general y la consecuencia jurídica, es-
tablecida en la norma, en función básicamente de un
tipo determinado, existe una tensión latente, dado -

que, precisamente por su abstracción y finalidad la norma permite acoger situaciones atípicas (197). A este temario nos referimos con mayor detalle en el apartado siguiente.

2. Fundamento dogmático de la tipología societaria: Aspectos terminológicos y conceptuales

En el apartado anterior hemos visto el significado -- que el pensamiento tipológico tiene en el proceso de formación del derecho y de forma especial su importancia en el marco de la actividad legislativa. Ahora, vamos a ocuparnos de este temario en relación -- con el derecho de sociedades mercantiles. Los problemas más importantes que se plantean en este sector -- son, por un lado, el tema de la posibilidad y características de una configuración de la disciplina jurídico-societaria de acuerdo con la doctrina de los tipos. Por otro, la eficacia de esta construcción -- frente al fenómeno de las sociedades atípicas.

El "tipo" se ha convertido en una expresión de moda.

En derecho de sociedades el uso de este término se --

ha desarrollado sobre todo en los últimos años (198). Locuciones como "tipos de sociedad", "limitación legal de tipos", "libertad de tipos", "cláusulas atípicas" se han generalizado en la literatura societaria de estos años. A la difusión del término no corresponde una determinación precisa de su contenido. En derecho de sociedades se utiliza, por regla general, desprovisto de toda pretensión técnica, sin otro valor que el puramente semántico (199). De acuerdo con una larga tradición legislativa y doctrinal se limita a designar las distintas formas de sociedad del catálogo legal. Se habla entonces de tipo de sociedad colectiva ó comanditaria como modalidades o especies del género sociedad. Esta ha sido su significación prevalente. Algunas veces se emplea para designar el modelo contenido en cuenta por el legislador en la regulación de las diversas figuras societarias, es decir, como una realidad diversa de la forma organizativa sociedad, que la ley acoge de forma abstracta. Se trata de autores próximos a la corriente de pensamiento tipológico que son todavía hoy mínoría. Finalmente se habla también del tipo con referencia al cuadro-guía que los socios encuentran en la ley y al que deben acomodarse en la regulación de sus previsiones contractuales. Estos son los significados frecuentes que el tipo

reviste en derecho de sociedades. Esta falta de determinación conceptual se traduce asimismo en una falta de precisión terminológica (200).

La situación que acaba de exponerse no encaja con los progresos realizados en el sector de la investigación lógico-jurídica y con la diferenciación entre concepto y tipo llevada a cabo por la moderna metodología. Este desajuste entre ambos sectores ha puesto de manifiesto la necesidad de revisar los presupuestos conceptuales terminológicos del derecho de sociedades a la luz de los estudios de carácter metodológico antes estudiados (201). En este sentido un importante sector de la doctrina suiza (202), al que más tarde se han incorporado diversos autores alemanes (203), han introducido la distinción entre forma jurídica de sociedad (Gesellschaftsform) y tipo de sociedad (Gesellschaftstyp), como figuras independientes. Con esta innovación se quiere recoger en derecho de sociedades la contraposición concepto-tipo propugnada por la metodología jurídica. De acuerdo con los postulados de esta última, en su formulación más generalizada, se sostiene que ambas categorías conceptuales constituyen un complejo de características peculiares de relaciones jurídicas, con la particularidad de que mientras el tipo comprende los rasgos característicos del

fenómeno, referidos al núcleo esencial de la relación jurídica, la forma jurídica contiene las notas conceptuales necesarias, y la suya es predominantemente una finalidad de índole jurídico-constructiva. El tipo se presenta, según hemos visto, también como un medio de expresión del derecho dispositivo con la función de valorar jurídicamente las constelaciones de intereses que en ese supuesto de hecho práctico, de índole societaria, es reconocido como normal. La forma jurídica, por el contrario, sintetiza los presupuestos de carácter necesario de un determinado supuesto de hecho: en ella se expresa el concepto abstracto-normativo de una sociedad legalmente regulada. El legislador por medio de las formas de sociedad persigue la creación de una ordenación de la vida asociativa, que pueda ser útil al tráfico jurídico (204).

La relación entre forma social y tipo se lleva a cabo de acuerdo con los criterios que ya hemos visto para explicar la relación existente entre conceptos y tipos: el ordenamiento subordina a cada una de las formas societarias en que se encuentra dividida la totalidad de la materia legalmente regulada un tipo determinado. Con la constitución de una forma asociativa tiene lugar, simultáneamente, la valoración de los intereses que por regla general entran en juego en una

relación jurídica de esta naturaleza. La forma jurídica da el nombre al tipo y entre ambos se establece -- una relación cuyos términos serán objeto de examen -- más abajo (205).

La primera consecuencia importante de esta separación conceptual entre tipo y forma jurídica de sociedad es de carácter terminológico. El tipo, como expresión -- técnica, no puede aplicarse para designar relaciones jurídicas que en la ley están definidas de forma abstracta, como conceptos de clase. Estas últimas constituyen según acabamos de indicar formas de sociedad. -- Un ejemplo puede ayudar a diferenciar ambas figuras. Cuando se hace referencia a la sociedad, como agrupación de personas que promueven en común la realización de un fin también común, se tiene en cuenta, esencialmente, una serie de características conceptuales que separan el sector de disciplina jurídico-societario -- de otros sectores próximos, como son, por ejemplo, -- los contratos de cambio ó, en términos más amplios, -- los supuestos de pluralidad de acreedores ó deudores (206). La disciplina jurídica que se anuda a este concepto amplio de sociedad constituye una regulación -- sectorial en el sentido de que bajo ella quedan comprendidas una pluralidad de figuras cuyo denominador común es el núcleo conceptual característico de esta

relación jurídica. Las sociedades ocasionales, las sociedades externas e internas, las cuentas en participación, los grupos de sociedades, las formas mercantiles de sociedad constituyen distintos momentos de intensidad organizativa del fenómeno societario.

En este supuesto es claro que nos encontramos con un concepto doctrinal de sociedad, que en algunos ordenamientos ha sido acogido también por el legislador (207). En la disciplina sobre la sociedad civil ó sobre las distintas formas societarias del catálogo legal puede reconocerse este contrato conceptual característico de toda sociedad, junto a las notas individualizadoras de la figura de que se trate.

En la configuración conceptual de las distintas sociedades de la ley el legislador ha tomado en cuenta el esquema clásico de distinción entre "genus proximum" y "differentia specifica". Junto al concepto genérico de sociedad, formulado en términos más o menos precisos a través de la sociedad simple o, en algunos ordenamientos, la sociedad civil, puede advertirse, en cada singular figura societaria del catálogo legal, la reproducción de los elementos caracterizadores de este género, a los que se añaden los específicos de la forma social. En este sector de las definiciones legales -cuya existencia solo puede admitirse con reservas, como enseguida veremos-, no tiene cabi

da el fenómeno del tipo. En su formulación última la doctrina tipológica considera que en las definiciones de las sociedades del catálogo legal estamos en presencia de conceptos y no de tipos. Este concepto normativo abstracto hay que denominarle forma social -- (208).

La segunda consecuencia es de carácter dogmático y -- afecta directamente al problema de la atipicidad societaria. La contraposición entre forma social y tipo en los términos que acaban de indicarse, supone la posibilidad de que en la práctica existen figuras que -- por contener los elementos conceptuales definidores -- de una determinada forma social se subsumen en esta, aunque sus características no se correspondan con las del tipo legal. Vistas desde este último se trata de figuras atípicas que caen dentro del concepto de sociedad, en su doble dimensión genérica y específica (forma societaria del catálogo legal). Mientras que -- la forma de sociedad comprende una pluralidad de tipos -- la sociedad anónima comprende por ejemplo junto al tipo legal, la sociedad para el ejercicio de empresas de grandes dimensiones con acciones repartidas entre un gran número de accionistas, que ejercitan -- personalmente los derechos de socio-- la sociedad anónima familiar ó las sociedades de carácter personalis

ta, la sociedad anónima que cotiza en bolsa, las diversas formas de concentración de empresas por medio de participaciones financieras, etc.-, el tipo, legal representa una unidad jurídica de contenido estrechamente limitado. De ahí su mayor proximidad a la realidad, su carácter de "unidad de sentido" y su aptitud para delimitar, valorándola, la situación de intereses del caso concreto. La regulación legal adscrita a la forma social esta pensada precisamente para ese tipo concreto de sociedad, que al ser incorporado directa ó indirectamente a la ley se diferencia de los restantes tipos societarios de la práctica.

Desde el punto de vista de los límites a la autonomía negocial en derecho de sociedades la construcción tipológica da lugar a importantes consecuencias. La subsunción de una figura societaria dentro de la forma social no dice todavía nada sobre su "tipicidad" ó "atipicidad". En relación al modelo de operación societaria visualizado por el legislador se abre un abanico de posibilidades de configuración contractual -- que pueden diferenciarse grandemente entre sí sin que con ello sean negadas las notas conceptuales de la forma social. Esta agrupa bajo una misma denominación esquemas organizativos diversos y con datos de régimen jurídico, en cuanto se trata del sector de disci-

plina legal de carácter necesario. Entre "forma social" y "contenido" -reglamento legal fijado en normas dispositivas- existe una ancha zona de probabilidades estructurales que puede llevar hasta la total exclusión del esquema socio-económico subyacente a la normativa de la forma legal de sociedad. Este hecho, cuya determinación es posible gracias a la construcción propuesta por la tipología societaria, plantea el problema de los límites dentro de los cuales la disociación forma-tipo legal puede mantenerse sin dar lugar a situaciones de abuso. Aquí se abre el temario de los límites "inmanentes" a la libertad contractual, ampliamente estudiado en la doctrina alemana y al que nos hemos referido ya en otro lugar -- (209).

La configuración tipológica del derecho de sociedades significa, en síntesis, que las distintas modalidades de operación societaria recogidas por el legislador -sociedades colectiva, comanditaria simple, anónima, comanditaria por acciones, cooperativa, sociedad de responsabilidad limitada, por citar sólo las del catálogo legal que previene nuestro ordenamiento- no son, como sostiene la doctrina tradicional, tipos de sociedad sino formas de sociedad, en el sentido de conceptos generales de sociedad; tipos de sociedad serían -

los modelos económicos tenidos en cuenta por el legis-
 lador al regular aquellos. Los tipos no se encuentran
 expresamente recogidos en la regulación legal sino --
 que es preciso reconstruirlos a través, sobre todo, -
 de las normas dispositivas (210). La tarea de recons-
 trucción de los tipos legales de sociedad encierra --
 graves dificultades debidas por un lado, a que la --
 identificación de los elementos del tipo no puede ---
 realizarse a través de normas jurídicas singulares si
 no en una "conexión de sentido" total de la discipli-
 na legislativa. Aquí entran en juego no sólo cuestio-
 nes de técnica jurídica, en especial de índole inter-
 pretativa, como vamos a ver enseguida, sino considera-
 ciones de carácter histórico y sociológico que requie-
 ren un análisis de la evolución de cada instituto ju-
 rídico. A esta dificultad hay que añadir todavía, por
 otro lado, las que derivan de la calificación de los
 elementos normativos como conceptuales ó típicos, te-
 ma del que vamos a ocuparnos en el capítulo siguiente.

La existencia de una tipología societaria, en el sen-
 tido de diferenciación entre forma social y tipo so-
 cial dentro de la disciplina legislativa de cada figu-
 ra del catálogo legal no constituye, en opinión de --
 sus sostenedores, una hipótesis de trabajo original,
 sino una construcción que obedece a concretas exigen-

cias de la dinámica legislativa y como tal se encuentra ya formulada en la ley. En derecho de sociedades mercantiles el problema central es reconstruir el -- "lter" del legislador para someter bajo una denominación y disciplina únicos dos realidades conceptualmente diversas. Punto de partida en esta materia es, por un lado, el tema del origen de las formas legales de sociedad; en particular, si se trata de figuras nacidas en el tráfico e incorporadas al ordenamiento por el legislador, en virtud de un mecanismo, cuyos rasgos hemos indicado ya en otro lugar, ó de figuras creadas artificialmente, sin tener a la vista un modelo elaborado previamente en la práctica comercial. Por otro lado hay que examinar cómo las formas organizativas contempladas ó imaginadas por el legislador se transforman en esquemas societarios, formulados por vía abstracto-general.

El primero de estos problemas no presenta mayores -- dificultades. En la literatura europea sobre sociedades mercantiles está generalizada la opinión de que las sociedades mercantiles tradicionales -la sociedad colectiva, comanditaria y anónima- no han sido -- inventadas sino encontradas por el legislador. Excepción a esta regla es, como ya hemos dicho, la sociedad de responsabilidad limitada. Creada por el legis

lador alemán y adoptada por los restantes ordenamien-
tos europeos. La afirmación es válida sólo en cuanto
expresa la primera fase del proceso legislativo. En
realidad la valoración subsiguiente del legislador -
hace que los tipos no sean sólo descubiertos, sino --
construidos (211).

La extracción de determinados modelos de operación -
societaria de la realidad económico-social así como
su individualización y posterior tipificación no ha
tenido lugar en todos los países con características
semejantes. El proceso legislativo en algunos ordena-
mientos se ha limitado a tomar del derecho extranje-
ro figuras configuradas originariamente en la prácti-
ca mercantil. Esta recepción pone en juego aspectos
dogmáticos y político-jurídicos que modifican en ma-
yor ó menor grado el régimen previsto para esa figu-
ra en el ordenamiento que, por decirlo así, se "impor-
ta". Sin detenernos en los detalles baste con seña--
lar la influencia que en nuestro derecho de socieda-
des, en su versión del Código del 29 y en el vigente
de 1885 así como en la legislación especial, han te-
nido los restantes ordenamientos europeos (212). En
este lugar interesa destacar que tanto en los supues-
tos en que el legislador se acerca a la realidad jurí-
dica y toma de ella determinados esquemas organizati-

vos como en los que la incorporación de esta a la ley tiene lugar a través de normas existentes ya en otro país, las sociedades del catálogo legislativo han nacido en el tráfico y no en el despacho del legislador. Este hecho significa, por un lado, que cada forma de sociedad se ha configurado de acuerdo con una evolución histórica peculiar y, por otro, que, diversamente a lo que ha sostenido la corriente de pensamiento pandectista (213) no es posible llevar todo este material de creación autónoma a un sistema, bajo principios y normas racionales.

Si, como se sostiene, el legislador ha tomado de la realidad modelos de operación societaria elaborados por la práctica comercial y dotados de tipicidad social, la segunda cuestión será examinar el mecanismo por virtud del cual estos esquemas se han transformado en formas abstracto-generales. Este tema pone en juego consideraciones de técnica legislativa a las que ya nos hemos referido. El esquema esencial de la tesis tipológica es: el legislador establece a través del método clasificatorio normas de carácter general cuya función es básicamente subsuntiva. El problema está en que estas normas, por su misma abstracción, terminan separándose del supuesto de hecho típico -- para el que fueron dictadas y de la situación de in-

tereses propios de aquél. Por esta razón mientras que la consecuencia jurídica determinada en base al tipo se aplica a todos los hechos singulares en los que se reproduce esa situación de intereses típicos, jurídicamente relevante, el supuesto de hecho abstracto-general de la norma, desligado del tipo, permite acoger supuestos que, a pesar de quedar formalmente subsumidos en aquél, exigen, a causa de la radical diferencia de su situación de intereses, que se les anude una consecuencia jurídica diversa. En opinión de la doctrina tipológica esta construcción aplicable a todo proceso legislativo, en derecho de sociedades -- está acogida expresamente en la sistemática de la ley. No se trata pues de una hipótesis sino de un dato cuya validez puede verificarse en el ordenamiento positivo.

Un examen de la ley pone de manifiesto que existe -- una separación entre forma social y tipo y que este es una consecuencia impuesta por la dinámica misma -- del proceso legislativo. El hecho de que el sistema de la ley venga configurado en base a materia clasificatoria y por ende queden sometidos a una misma -- disciplina institutos del tráfico jurídicos distintos entre sí no constituye un procedimiento satisfactorio. Esta limitación inherente al método concep-

tual crea precisamente la necesidad de recurrir al tipo, como una figura con un sentido concreto y al mismo tiempo general, que proporciona la idea de un todo unitario desde el punto de vista de su función entre lo individual y lo general. El tipo representa, en definitiva, el instrumento mediante el cual el ordena--miento jurídico entra en contacto con la realidad.

Trasladando este mismo planteamiento al de sociedades se dice que las sociedades mercantiles se regulan con disposiciones de carácter conceptual a través de las cuales aquellas vienen definidas como conceptos de --clase. En estas definiciones legales no se contienen --sin embargo principios jurídicos en el sentido arriba expuesto sino simplemente descripciones del supuesto de hecho, a través de una enumeración (cerrada) de --sus características esenciales. La finalidad de esta norma es determinar el ámbito dentro del cual se apli--can las consecuencias jurídicas anudadas a cada su--puesto de hecho, es decir, acotar y separar la esfera de actuación de las distintas formas sociales. En este sentido se sostiene el carácter conceptual de estas disposiciones y su función clasificatoria (214). El --problema de si las disposiciones legales que contie--nen los elementos distintivos del supuesto de hecho --societario constituyen o no definiciones en sentido --

estricto como pretende la tipología societaria, no --
puede resolverse en términos teóricos sino en rela- -
ción con cada concreto ordenamiento positivo. En dere
cho suizo, donde esta doctrina se ha desarrollado de
forma especial, parece que, efectivamente, el legisla-
dor ha hecho uso de las definiciones legales de carác-
ter clasificatorio (215). La situación es diversa, --
por el contrario, en otros ordenamientos. En derecho
italiano la doctrina más reciente ha puesto de relie-
ve que las llamadas definiciones legales no contienen
en realidad los elementos individualizadores de las -
formas sociales sino únicamente sectores de discipli-
na particularmente importantes, en especial el relati-
vo a la garantía patrimonial por las obligaciones so-
ciales (216). En derecho alemán se destaca el hecho -
de que, por lo general, la ley pone al comienzo de un
cuadro normativo un supuesto de hecho o categoría con-
tractual, que expresa por vía resuntiva las caracte-
rísticas fundamentales de la figura. Estas disposicio-
nes no son conceptos, como ha venido sosteniendo la -
doctrina anterior, según la opinión más autorizada. -
En la redacción del BGB el legislador ha evitado con
extrema prudencia servirse de las definiciones lega-
les. Los supuestos de hecho recogidos en la ley - y -
de forma especial, el contrato de sociedad del pará--

rrafo 705 BGB- no hay que entenderlos como definicio-
 nes sino que constituyen reglas que se limitan a la -
 formulación de las principales obligaciones que deri-
 van de esta relación jurídica. En tal caso se da por
 supuesto que los elementos conceptuales de esta rela-
 ción son ya de alguna forma conocidos (217). Descrip-
 ciones abreviadas de las relaciones jurídicas conteni-
 das en la ley -una síntesis de las principales obliga-
 ciones de los partícipes así como de los intereses en
 juego en la constitución y desenvolvimiento de las re-
 laciones jurídico-societarias- parecen ser igualmente
 las que contiene nuestro derecho positivo al regular
 las sociedades mercantiles. No es claro que el derecho
español, al menos en lo que se refiere a las socieda-
 des personalistas, haya intentado definir en sentido
 estricto. La fijación del concepto de sociedad colec-
 tiva ó sociedad comanditaria hay que realizarla a tra-
 vés de las notas de la forma legal de sociedad y de
 su función dentro del sistema legislativo. El art. --
 122 1º y 2º C. Comercio da un cuadro de los elementos
 conceptuales de estas figuras. Tampoco la descripción
 del supuesto de hecho legal, que se contiene en este
 precepto, es idéntica al tipo. Este último solo puede
 ser aprehendido a través de una visión de conjunto de
 todas las singulares disposiciones que componen el -

complejo normativo de esa figura. Estas normas singulares no están agrupadas al azar sino de acuerdo con una idea directriz que tiene su origen en la valoración llevada a cabo por el legislador sobre una constelación de intereses de la realidad (218). La "fijación" de esta idea directriz es tarea del intérprete; en este sentido cobran especial significación las -- normas de derecho dispositivo ya que a través de -- ellos se refleja, con mayor o menor fidelidad, esa -- idea de directriz. Mientras que los supuestos de hecho formulados de forma abstracto-general en los conceptos se limitan a delimitar el sector de aplicación del complejo de normas legales y sólo en una pequeña medida permiten reconocer decisiones valorativas del legislador, las reglas dispositivas expresan el cuadro de relaciones jurídicas correspondiente al modelo encontrado en la realidad y las valoraciones jurídicas inherentes a su inserción en la ley. La -- caracterización de una sociedad colectiva como sociedad personalista, como forma mercantil de sociedad, presupone un análisis global de la disciplina legal en el sentido que acaba de indicarse.

En cuanto al proceso de la transformación del supuesto típico en el supuesto general abstracto de la ley -- basta con recordar las exigencias de tipificación y

generalización propia de la actividad legislativa, a la que ya nos hemos referido. Por un lado el legislador parte de un modelo concreto, que a través de determinadas valoraciones reelabora e incorpora a la ley, anudando al mismo consecuencias jurídicas. Estas valoraciones legislativas hacen que los tipos de sociedad difieran, a pesar de su origen común, de unos ordenamientos a otros. Sobre este tipo, y en virtud de las reglas de abstracción y generalización mencionadas, establece una normativa con finalidad subsuntiva. En toda figura societaria del catálogo legal se dan, superpuestos, forma social y tipo, al que la normativa de aquella viene aplicado. Estos dos planos se entrecruzan y plantean problemas de calificación jurídica y régimen aplicable a las sociedades atípicas. De momento estas indicaciones bastan para situar el tema de las relaciones entre forma social y tipo. El hecho de que el legislador se sirva, sólo en casos excepcionales, de la técnica de las definiciones legales y que la determinación del tipo se lleve a cabo a través de un proceso de "reconstrucción" del supuesto de hecho tenido en cuenta por el legislador (tipo empírico), incorporado a la ley (tipo legal), no significa que la explicación de la dinámica de formación del Derecho, propuesta por la --

doctrina tipológica, sea incorrecta. Al contrario: - ella ilustra con especial claridad hasta qué punto - los problemas de estructura del derecho de sociedades vienen conectados a la técnica legislativa propia de los ordenamientos contractuales. Al mismo tiempo permite exponer, desde una perspectiva científica, el proceso de formación del Derecho en un sector en el que la movilidad económico-social es tan intensa. En este sentido, la construcción tipológica representa - un esfuerzo metódico importante para acentuar la función ordenadora y de justicia material de las sociedades reguladas en la ley. En su evolución más reciente, propone una revisión del papel del derecho dispositivo y da lugar a aplicaciones prácticas, que se -- examinan a continuación (219).

3. Consecuencias prácticas de una tipología societaria

a) Consideraciones introductoras

En los epígrafes anteriores hemos examinado el funda-

mento lógico-jurídico de la doctrina tipológica y su significación para el desenvolvimiento de la ciencia del Derecho. Veamos ahora en qué medida este método ayuda a resolver concretos problemas (jurídicos) de índole práctica.

En primer término la tipología constituye como ya hemos visto, un instrumento eficaz para abordar y explicar el ejercicio de la actividad legislativa (220). Contrariamente a lo que sucede con el juez -cuya función es básicamente aplicar el derecho de forma concreta e individual- el legislador tiene que crear a través de normas de carácter abstracto-general para una pluralidad de supuestos indeterminados una consecuencia jurídica. Ante la imposibilidad de tener en cuenta la infinita variedad de supuestos como se presentan en la realidad, el legislador debe limitarse necesariamente a los acontecimientos "medios". ó "normales" que se consideran "típicos". Estos se caracterizan por la existencia de una situación de intereses típicos, la cual, al ser individualizada por el legislador, se convierte -en virtud de ciertos mecanismos de valoración- en el supuesto de hecho legal al que viene conectado la consecuencia jurídica. Lo que sucede es que en la redacción de la ley se utilizan por lo general conceptos de clase, los cuales por su ca--

rácter abstracto permiten la subsunción bajo una mis-
ma norma, y consiguientemente la sumisión a una mis-
ma consecuencia jurídica - de supuestos cuya situa-
ción de intereses difiere más ó menos de la normal.
La tarea del pensamiento tipológico se orienta en --
tres direcciones: por un lado explica la dinámica --
del proceso legislativo, por otro enfrenta al legis-
lador con los fenómenos atípicos, cuya integración -
en el sistema legal presupone una identificación pre-
cisa del supuesto de hecho así como la elaboración -
de un régimen jurídico acorde con los intereses en -
juego, finalmente opera directamente sobre la técni-
ca legislativa. A través del método tipológico, se -
abre una vía para tipificar la realidad económica, -
como fase previa a la reglamentación de la estructu-
ra de las diversas sociedades. Este hecho asume una
especial significación en el movimiento de reforma -
del derecho vigente. Desde el momento en que se toma
conciencia de que la disciplina legal de una socie--
dad abarca fenómenos -tipos empíricos ó reales- cla-
ramente dispares, se plantea la cuestión de crear --
fórmulas societarias nuevas correspondientes a cada
uno de estos tipos concretos. El tema enlaza, a su -
vez, con el problema de la fijación más o menos es--
tricta de los tipos en la ley por medio de disposicio

nes de carácter imperativo, así como la conveniencia o no de una multiplicación y adecuada diferenciación de las formas legales de sociedad (aspectos de estructura externa del derecho de sociedades), cuestiones a las que ya nos hemos referido más arriba.

El método tipológico, al mismo tiempo que ayuda a explicar y resolver los problemas conectados a la actividad legislativa, es especialmente adecuado para exponer científicamente el proceso de formación de las distintas formas sociales. En este sentido tiene -- gran importancia como medio de carácter didáctico de la disciplina jurídico-societaria (221). Debido a la mayor riqueza de su contenido, el tipo proporciona -- una imagen más viva de los esquemas de actividad societaria, más completa de la que deriva de los esquemas elementales definidores del correspondiente concepto legislativo. Dado que esta "imagen" presupone una cierta ordenación del material legislativo y que sólo es posible por vía de interpretación, la determinación objetiva del tipo, que de la misma resulta, -- es más satisfactoria a efectos didácticos que a efectos de aplicación del derecho. A nivel de planteamiento doctrinal permite exponer los rasgos diferenciadores de las distintas figuras del catálogo legal, con una nitidez que no existe frecuentemente ni en el

ordenamiento ni en la práctica.

Los aspectos más importantes de la aplicación práctica de la doctrina de los tipos son, por un lado, la utilización del tipo legal como instrumento de interpretación de las normas jurídicas singulares y su significación para la tarea de determinación del régimen aplicable a los supuestos atípicos; por otro, el juego del tipo legal como límite a la libertad contractual de los socios. Ambas cuestiones suscitan problemas dogmáticos y político-jurídicos graves, por lo que parece conveniente un tratamiento separado.

b) El tipo legal como medio de interpretación y aplicación del derecho positivo

La utilización del tipo legal de una determinada sociedad como un medio para interpretar las normas reguladoras de esta última -la llamada "interpretación según el tipo" (Typgerechte Auslegung)- y la cuestión del régimen jurídico aplicable a las modalidades societarias atípicas -sometimiento de estos supuestos bajo determinadas consecuencias jurídicas- constituyen dos temas -que deben ser examinados por separado. La razón está -

en que la interpretación de una norma no dice nada todavía sobre el ámbito de su aplicación . Se trata pues de dos problemas de naturaleza diversa que debido a su dimensión funcional semejante se traen aquí bajo un mismo epígrafe. El examen de los problemas de interpretación "según el tipo" no arroja ninguna luz sobre la posibilidad de que un supuesto atípico ~~quede~~ sometido a las consecuencias jurídicas conectadas por el legislador al modelo de operación societaria previsto en la ley.

aa) La interpretación conforme al tipo legal

La corriente doctrinal de la "interpretación según el tipo" ha sido sostenida fundamentalmente en derecho suizo (222). El punto de partida de la misma se encuentra en el hecho de que la disciplina legislativa responde, como tantas veces se ha dicho, a modelos de actividad societaria, propuestos para la práctica e incorporados al ordenamiento, después de reestructurarles de acuerdo con determinadas valoraciones. Por otro lado, presupone que los tipos legales que subyacen a la disciplina legal -y que como tales no han si

do objeto de una formulación expresa- puedan ser -- ,
 "reconstruidos" con un grado suficiente de objetivi-
 dad y determinación.

A la vista de esta orientación, se plantea el problema
 de la existencia de sociedades que, satisfaciendo
 los rasgos esenciales de alguna de las formas lega--
 les, se apartan del tipo social, dado el carácter --
 dispositivo de las normas que regulan esta materia.
 La cuestión consiste en resolver si en si tarea interpre
 tativa, los Tribunales deben sujetarse al tipo le-
 gal ó pueden tener en cuenta la situación de intere--
 ses propia del supuesto objeto de examen. Dicho en --
 otros términos: si las normas legales, cuyo contenido
 debe determinarse, han de ser interpretadas exclusiva-
mente según el cuadro de intereses contemplado por el
 legislador e incorporado al ordenamiento ó, por el --
 contrario, si es posible adecuar estas disposiciones
 a cada caso concreto, en especial a los supuestos atípi
 cos, siendo relevante a efectos interpretativos la
 peculiar situación de intereses que tiene lugar dentro
 de estos últimos.

Bajo este mismo planteamiento ha de examinarse la lici
 tud de determinados hechos societarios. Así por --
 ejemplo, el acuerdo de la junta general por virtud -
 del cual se prive a los accionistas de su derecho de
 suscripción preferente, lo cual puede constituir una
 violación del principio de igualdad de trato. El contr

tenido de este principio y la cuestión de saber si se ha infringido o no en un momento dado deben resolverse en función, bien del tipo abstracto de sociedad -- anónima, bien de los concretos intereses en juego.

El núcleo central de la tesis que ahora se examina es que la regulación legal de toda forma societaria arranca de un determinado tipo y de una situación de intereses específicos y no de supuestos configurados con un carácter abstracto-general. En el proceso de aplicación de la norma legal -que tiene lugar siempre en relación a situaciones de hecho concretas- no cabe determinar el contenido de aquella en función de intereses contingentes, variables de un caso a otro. Un procedimiento semejante privaría a la norma legal de la necesaria fijeza y pondría en peligro su carácter, cuyo elemento formal reside en la igualdad de trato -- (223). Llevada a sus consecuencias últimas ello supondría que a una misma norma habrían de darse diversos significados según la concreta situación de hecho, -- por ejemplo según se tratase de una sociedad anónima familiar, ó de una sociedad con acciones ampliamente repartidas, que cotizan en Bolsa.

La ley como normativa dictada por una pluralidad de supuestos semejantes y no para casos aislados, exige una interpretación unitaria, que sea válida para to-

dos los casos comprendidos dentro del ámbito de su aplicación. De estas premisas se concluye afirmando que la fijación del sentido y fin de una norma sólo puede llevarse a cabo desde el ángulo del tipo legal ya que únicamente las sociedades que responden en el tráfico a este tipo reúnen los requisitos para quedar sometidas a la aplicación de las normas legales. Con ello quiere decirse que la interpretación conforme al tipo tiene por objeto únicamente normas legales y no reglas estatutarias que difieran de estas últimas. E incluso dentro del sector de las normas legales este método de interpretación no puede resolver ciertamente todos los problemas. Así por ejemplo en los casos en que la ley se remite, explicita ó implícitamente, a la ponderación de los intereses contrapuestos por los Tribunales. En conclusión puede decirse que en el proceso no pueden tomarse en consideración intereses anudados a las modalidades atípicas ya que ello rompería la unidad interna de la figura de pensamiento que debe caracterizar todo instituto regulado en la ley (224).

La rigidez de este planteamiento ha sido mitigada más tarde en el sentido de exigirse la contemplación de las particularidades del caso concreto y su relevancia para la interpretación de la norma. Sin modi-

ficar el principio general según el cual quedan ex-- cluidos del mecanismo interpretativo todas aquellas consideraciones que no respondan al cuadro de intereses típico, se ha llamado la atención sobre la necesidad de anudar la norma al supuesto sobre el que se aplica. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la obligación de fidelidad del socio no tiene idéntico significado dentro de una misma forma social (225); su contenido es diverso según se trate de una sociedad de grandes dimensiones, con un elevado número de participantes ó de una entidad pequeña, con pocos miembros unidos entre si por lazos de carácter personal.

Para la determinación del contenido de esta norma no parece correcto que el juez deba remitirse exclusivamente al modelo unitario y standard del tipo legal - sino que ha de tener en cuenta también cómo se han configurado en cada uno de estos supuestos concretos, las relaciones jurídicas relativas a la condición de socio. Esta relativización del postulado de la interpretación conforme al tipo hace posible una interpretación más acorde a las necesidades de la práctica y evita la fosilización de las disposiciones legales. Por otra parte se ha llamado la atención sobre la oportunidad de distinguir entre casos, en los que la disciplina legal puede modificarse por virtud de

autonomía privada y aquellos en que una sociedad del catálogo legal se aplica, sin alteraciones estructurales, a fines que difieren de los tenidos en cuenta por el legislador. En el primer supuesto rige la regla de autonomía contractual; las normas societarias habrán de interpretarse según los principios generales en materia de interpretación de contratos. Sólo en caso de lagunas legales, cobra significación el tipo legal para la interpretación. En la segunda hipótesis, las relaciones jurídicas internas habrían de juzgarse de acuerdo con el tipo legal. El que opta por constituir una sociedad anónima no puede pretender que su posición jurídica se determine por las reglas de la sociedad colectiva, solo porque entre los accionistas existan lazos de tipo personal, ya que ello pondría en peligro la seguridad del tráfico -- (226).

En relación con los métodos convencionales de interpretación -interpretación gramatical, histórica, teleológica, sistemática ó realista- (227) la interpretación conforme al tipo no introduce ninguna innovación técnica. Se trata de un punto de vista más, a tener en cuenta junto a los restantes instrumentos de interpretación. Allí donde a través de la forma abstracta de sociedad el tipo legal luzca con claridad y las --

desviaciones del mismo no sean frecuentes, la interpretación de acuerdo con el tipo tendrá lugar de forma quasi-espontanea. Cuando las desviaciones sean -- por el contrario frecuentes y bajo una misma forma -- de sociedad convivan supuestos típicos y atípicos -- -lo cual, como hemos visto, sucede en el sector de -- sociedades personalistas- el postulado de la interpretación "típica" opera como un medio de conexión -- de la disciplina legislativa a un determinado modelo de actividad societaria -el tipo legal- y a través -- de esta conexión, asegura la unitariedad del proceso interpretativo de las disposiciones legales (228). -- Desde un punto de vista funcional este método no se diferencia, en lo esencial, del procedimiento de interpretación sistemática ya que a través del recurso al tipo el intérprete se propone una elaboración del sentido total de la ley, no solo de sus disposiciones singulares.(229).

Una posición clara respecto del tema de las relaciones entre interpretación típica y métodos clásicos -- de interpretación no existe en la doctrina. En este sentido sigue abierta la cuestión de si la finalidad del método típico es determinar el ámbito de aplicación de la norma legal -lo cual más que una interpretación conforme al tipo sería una aprehensión "tipo-

lógica" de la norma, de forma que la materia atípica se considera como materia no regulada legalmente- ó si el recurso al tipo constituye unicamente un expediente para facilitar, en el marco de los procedimientos de interpretación tradicionales, y en especial del método teleológico, la determinación del "sentido" de los conceptos legales.

La aportación, cuyos trazos fundamentales acaban de exponerse, suscita problemas de índole diversa, a los que una importante corriente doctrinal se ha referido en distintos temas de posición crítica (230). En primer término se ha indicado que no es claro que una regulación legal, concebida basicamente como una disciplina-guía, es decir, como un marco normativo - para supuestos típicos y atípicos, deba ser interpretada exclusiva o predominantemente según las reglas dictadas por el tipo legal. Una orientación semejante daría lugar, entre otros problemas, a una fosilización del proceso de evolución jurídica, ya que impediría al juez adaptar el contenido de las disposiciones legales a las necesidades cambiantes de la práctica (231). En segundo lugar no parece correcto, desde un punto de vista lógico, un método que primero tiene que determinar el tipo legal correspondiente a cada forma de sociedad, a través precisamente -

de la interpretación de las disposiciones legales para servirse de él, después, como modelo de interpretación de estas mismas disposiciones (232). La inadecuación - del tipo legal como medio de interpretación deriva además del hecho que el legislador se ha servido de conceptos clasificatorios para formular las reglas jurídicas. No parece correcto que se pueda modificar el contenido de estas normas apelando a lo que el legislador hubiese hecho "si hubiese aprehendido la realidad social y la hubiese incorporado al ordenamiento, expresándola entonces con una técnica de tipos en vez de conceptos" (233). En tercer lugar hay que preguntarse sobre la oportunidad de elaborar un "tipo legal" - ya que esto llevaría a calificar como atípicas la mayor parte de las sociedades que operan actualmente en el tráfico, especialmente aquellas cuya disciplina legal permite a los particulares configurar con gran libertad el estatuto social. A pesar de la mayor coherencia que el tipo daría a la interpretación legal, esta tarea presenta en la práctica dificultades casi insalvables.

Los problemas más graves son, sin duda, los relativos a la posibilidad de una determinación objetiva y clara del tipo legal (234). Si, como hemos dicho, el punto de partida de esta construcción está en que un com

plejo de normas debe ser interpretado tipológicamente, la viabilidad del método depende esencialmente de que el tipo al que se refiere la disciplina legal pueda ser "fijado" con una precisión adecuada. Esta tarea -- **dogmática** la de "recreación" de los tipos legales requiere estudios histórico jurídicos y sociológicos -- previos que no han sido realizados --al menos en un -- grado satisfactorio-- en derecho de sociedades (235). Se trata, lo mismo que en la interpretación ~~tele~~ológica, de un proceso complejo en el cual intervienen tanto -- un mecanismo de conocimiento puro --identificación de los rasgos caracterizadores-- como de valoración y ponderación crítica, entre los cuales existe una dependencia recíproca. Para ilustrar las dificultades que esta materia encierra, habría que referirse por separado al fin y al procedimiento de determinación del tipo legal (236). En cuanto al primero, sería necesario distinguir entre tipos empíricos y normativos, -- tipos historicamente cristalizados y tipos dinámicos, cuyas estructuras evolucionan al compas de la vida -- económica y social. Sin entrar en los detalles de esta problemática, es necesario recordar que, a los -- efectos de este trabajo, interesan únicamente los tipos normativos, es decir aquellos que si bien están -- orientados hacia tipos empíricos, han sido objeto de

determinadas valoraciones legislativas (237).

Respecto del procedimiento de determinación del tipo conviene tener en cuenta lo siguiente: en primer lugar que la referencia al tipo empírico que ha tenido a la vista, historicamente, el legislador no puede considerarse más que una ayuda ~~para~~ la determinación del tipo normativo actualmente vigente, en la medida en que permite el conocimiento de su origen y posterior evolución; en segundo término, que el punto decisivo para esta determinación se encuentra en la ley y sólo a través de la conexión de sentido de las normas singulares puede ser "recuperado". Como más adelante tendremos ocasión de ver (238) los presupuestos para la aplicación de la consecuencia jurídica establecida en la ley -es decir, la determinación del ámbito de aplicación de la disciplina legal- no están recogidos, con un carácter cerrado, en el supuesto de hecho contemplado por el legislador o en las normas reguladoras del mismo; estas características, aún desempeñando una función identificadora del tipo, constituyen elementos necesitados de ampliación ó limitación a través de otros rasgos distintivos, - que según la doctrina dominante han de extraerse básicamente de las normas de derecho dispositivo (239).

La consideración global de las normas legales, tanto

de carácter necesario como dispositivo, presupone a su vez una contemplación de las valoraciones legales expresadas a través de las consecuencias jurídicas anudadas al tipo. Asimismo es tarea de la doctrina científica y los Tribunales determinar el contenido de un tipo cuyos rasgos esenciales pueden extraerse de la ley, sujeto sin embargo a reestructuraciones y modificaciones constantes bajo la presión de factores de carácter social y económico.

La elaboración de los tipos legales tropieza por otra parte con la dificultad de que la regulación legal de las formas sociales no es en todas sus partes consecuente ni constituye un sistema cerrado así como con el hecho de que, con la existencia de normas especiales para supuestos atípicos, el legislador tampoco ha creado una disciplina exclusivamente referida al supuesto típico.

El enunciado de estas cuestiones basta para expresar la dificultad de determinación del tipo legal. Tal vez por esta razón, existe hoy un cierto escepticismo sobre la practicabilidad del método de interpretación típica, en tanto no sea posible una identificación precisa del tipo legal. Su aplicación, en el estudio actual significaría un peligro para la seguridad jurídica. Algunos autores han indicado a este --

propósito que con el procedimiento que venimos examinando terminarían sometiéndose las disciplinas legales a la "fuerza normativa de los hechos" (240) en cuanto permitiría incluir en el tipo legal -como modelo de interpretación- elementos que, a través de un análisis histórico o sociológico, fuesen considerados como caracterizadores del tipo, sin que su instrumentalización para la actividad interpretativa estuviese sujeta paralelamente a las necesarias valoraciones del legislador. Estos recelos explican que en Suiza, donde la construcción ha experimentado un mayor desenvolvimiento doctrinal, la jurisprudencia del Tribunal Federal haya evolucionado en un sentido contrario a la aplicación del método de interpretación típica (241).

Anticipando ideas que se verán con mayor detalle en otro lugar, hay que hacer notar que la significación de la tipología para la práctica jurídica no constituye un problema sin salida. Su utilidad depende esencialmente de que pueda elaborarse para cada forma social un tipo de perfiles bien definidos. La objetivación del tipo constituye una exigencia indispensable para que puedan servirse de esta construcción los órganos encargados de la aplicación del derecho. Por otra parte hay casos en que la interpretación de una disposición legal solo tiene sentido en relación con

el tipo y en las que la aplicación de este método no excluye, sino complementa, el de libre apreciación por los Tribunales. Así por ejemplo la norma que con ocasión del acuerdo del punto relativo a la revocación de los administradores prohíbe intervenir en la adopción de este acuerdo a todas las personas que -- hayan intervenido en la gestión (Art. 695 OR). En es te caso es claro que sólo es posible una interpretación típica de la norma, es decir, una interpretación que parta de un modelo de sociedad con un número elevado de socios, que no intervienen en las funciones gestoras. Pero en la hipótesis de una sociedad de -- tres socios, los tres administradores, es evidente -- que no puede aplicarse el procedimiento de revocación previsto en la ley y que con ello queda abierto el camino a la actuación de los Tribunales (242). Es ta problemática luce con particular claridad en la -- determinación del régimen legal aplicable a las sociedades de un solo socio. En otros casos no parece que el recurso al tipo legal tenga sentido. Así por ejemplo la decisión sobre los motivos invocados como causa de disolución son justos o no ó si las funciones y responsabilidades de los administradores -- responden, en un caso concreto, al mandato legislativo.

bb) Régimen jurídico aplicable a los supues-
tos atípicos

La existencia en los ordenamientos contractuales de un *numerus clausus* de formas legales de sociedad y al mismo tiempo el reconocimiento, con carácter general, del principio de libertad contractual lleva consigo que, en la práctica, sólo sea posible la constitución de sociedades que satisfagan los requisitos esenciales mínimos de alguna de las figuras del catálogo legal, pudiendo sin embargo los socios configurar sus relaciones contractuales de forma diversa a la prevista en el tipo legal correspondiente. Esta hipótesis, técnicamente posible en virtud de la diferenciación entre forma social y tipo legal, a la que ya nos hemos referido, plantea el problema del régimen aplicable a los supuestos atípicos toda vez que las normas establecidas en la ley regulan *prima facie* los conflictos de intereses contemplados en el supuesto de hecho típico. Desde un punto de vista teórico caben dos soluciones: por un lado la aplicación al supuesto de hecho-independientemente del grado de correspondencia existente entre él y el tipo legal- de la normativa prevista por el legislador para la forma -

social de que se trate, en virtud de la formal adscripción de aquel a esta última. Según esto la ley es automáticamente aplicable a todas las sociedades que reúnan los elementos definidores de una determinada forma legal, aunque su concreta situación de intereses no se ajuste al esquema del tipo legal. Así por ejemplo en el caso de una empresa ejercitada bajo la forma de sociedad anónima, que está internamente organizada con elementos personalistas, no cabría la posibilidad de someter al accionista a una obligación de fidelidad, que le impidiera hacer concurrencia a la empresa, ya que el principio de que en estas sociedades el socio no está sujeto a ~~un~~ más obligaciones que la de aportar tiene carácter necesario y es característico del tipo (243). En los mismos términos se orienta la doctrina y jurisprudencia al interpretar restrictivamente la hipótesis legal de las causas justas de disolución de la empresa social (art. 736 ch. 4 OR), excluyendo la posibilidad de que el accionista invoque hechos de carácter personal (244).

Por otra parte, cabe la posibilidad de que los Tribunales apliquen, bien por vía analógica, bien por medio de normas expresamente elaboradas al efecto, disposiciones que respondan a las particularidades del supuesto atípico. En el primer caso, la calificación de una so-

ciedad como colectiva o anónima, por citar un ejemplo, bastaría según lo expuesto para quedar sometida a la disciplina legal correspondiente a esa figura, aún - en aquellas reglas diversas ó contrarias a las disposiciones de los socios. Con la elección de una determinada forma social se entiende que los socios aceptan como un todo la regulación que a la misma ha conectado el legislador, en la convicción de que quien desea acogerse a las ventajas de una sociedad debe - soportar también los inconvenientes que de ella puedan derivarse. En favor de esta solución, que somete a las mismas normas tanto los supuestos típicos como los atípicos, se han expuesto argumentos de diversa naturaleza (245): sujeción del juez a la ley de -- acuerdo con el principio clásico de división de poderes, por virtud del cual la función de los Tribunales esta limitada a la aplicación del Derecho, no a su creación; fortalecimiento de la seguridad jurídica no solo desde el punto de vista de la aplicación del derecho por los Tribunales -cuya tarea se vería facilitada- sino desde el ángulo de la práctica jurídica diaria, la cual resultaría dañada si cada vez que se presentase un fenómeno atípico hubiera de determinarse "ex novo" el régimen jurídico a él aplicable. En este sentido se ha dicho que no es admisible

aplicar a una sociedad constituida de acuerdo con -- las disposiciones legales, cuyos socios hacen uso de todas las posibilidades ofrecidas por el derecho dispositivo, reglas de otras sociedades, sólo por el hecho de que la primera se ha separado del tipo legal tenido a la vista por el legislador y reconstruido -- a través de una interpretación de la disciplina jurídica. Este método podría dar lugar al nacimiento de tipos de instituciones que no coincidan con las definiciones legales, haciendo depender la aplicación -- del derecho positivo del hecho que la realidad co- -- rresponda o no a tales tipos. La seguridad jurídica se vería entonces prácticamente eliminada.

Los problemas que plantea la constante transformación de la realidad social -progresivo distanciamiento entre derecho y realidad- no pueden ser resueltos por la teoría de los tipos. Aquí se suscita una cuestión de modificación legislativa y no parece aceptable que el intérprete asuma la función del legislador para -- adaptar el ordenamiento jurídico a los cambios de -- circunstancias (246). La sujeción de sociedades tí-picas y atípicas a una única e idéntica normativa -- eliminaría finalmente los difíciles y en la práctica insolubles problemas de delimitación entre fenómenos atípicos con cláusulas atípicas y fenómenos atípicos

así como entre normas de carácter dispositivo y normas de derecho necesario (247).

La doctrina de la "libre determinación del derecho aplicable" sostiene por el contrario, que son las condiciones del caso concreto las que deciden en qué medida el régimen legal se ajusta a las exigencias particulares del supuesto de hecho. En la doctrina se ha distinguido tradicionalmente entre aplicación de normas de derecho necesario y normas de carácter dispositivo. En el primer caso está generalizada la opinión de que, dado que las sociedades atípicas -que por definición, se separan del esquema del tipo legislativo- reúnen los requisitos definitorios del concepto de sociedad en su doble caracterización de sociedad como categoría contractual y sociedad como forma mercantil del catálogo legal (248)- deben aplicarse a ésta las normas de carácter necesario que contienen las características conceptuales de la forma social de que se trate (249). Consiguientemente no cabe establecer para estas sociedades reglas especiales que contravengan el tenor de las de derecho necesario.

La cuestión se plantea de forma diversa respecto de las normas de carácter dispositivo. En principio, y de acuerdo con una fórmula ampliamente aceptada en la

doctrina alemana (250), el derecho dispositivo sólo es aplicable directamente a aquellos negocios que se correspondan con alguno de los tipos legalmente regulados; los supuestos atípicos quedarían, según esto, fuera de su esfera de aplicación. En este caso el juez está facultado para determinar con toda libertad la regla adecuada a la atipicidad del caso y por este medio arbitrar una solución más justa que la ofrecida en la ley. El principio de libertad contractual abre la posibilidad técnica de ~~s~~ustituir la regulación legal de naturaleza dispositiva por normas de carácter privado; cuando falte una previsión contractual acorde a las particularidades del caso, esta función podrá ser llevada a cabo directamente por el juez (251). Con este fin deberá examinar, en primer término, cual es la situación de intereses de la sociedad atípica y a continuación ver como la ley atiende esta situación. Ello le lleva a decidir qué norma legal resulta analógicamente aplicable, pudiendo acudir tanto a las disposiciones -- de la forma societaria de que se trate como a una forma social diversa, en la que se tenga en cuenta una situación de intereses análoga a la existente -- en el supuesto concreto. Para atender adecuadamente este esquema de intereses atípicos hay que arbitrar

un procedimiento que parte del sentido y fín del contrato social y se oriente a determinar lo que en esa específica relación jurídica las partes hubieren podido acordar hipoteticamente en todas aquellas materias no expresamente reguladas. Sólo cuando por esta vía no se llegue a ningún resultado práctico podrá - el juez elaborar una norma apta para la satisfacción de los intereses en juego (252).

c) El tipo legal como límite a la libertad contractual

Una de las consecuencias prácticas más importantes - de la teoría que venimos examinando ha sido destacar la significación del tipo como límite a la libertad contractual entendida como libertad para configurar el contenido del contrato social. Esta construcción, elaborada por la doctrina alemana y suiza (253), -- forma parte de la corriente de pensamiento, ya estudiada, según la cual el ejercicio de la libertad -- contractual no sólo se encuentra sujeto a las normas de derecho necesario y a los principios generales de prohibición de abuso del derecho y fraude a la ley -

sino también a los preceptos en los que se contienen normas de carácter dispositivo cuando a través de ellos el legislador haya establecido directrices esenciales de ordenación del sector jurídico-societario o entren en juego consideraciones de justicia material del contrato. A este tema nos hemos referido ya al ocuparnos, dentro del derecho alemán, de las aportaciones doctrinales sobre la existencia de límites "inmanentes" a la autonomía negocial en derecho de sociedades e indirectamente al examinar los pretendidos efectos vinculantes del derecho dispositivo. No es pues necesario repetir aquí los términos en que este problema está planteado; la finalidad de este apartado es ver, con mayor detalle, las razones político-jurídicas de esta orientación y las consideraciones críticas que la misma merece.

Para abordar el examen de estas cuestiones son necesarias algunas indicaciones preliminares. El juego de conceptos de la tipología societaria descansa como hemos señalado anteriormente, en la diferenciación entre forma social y tipo social; el principio del *numerus clausus* se refiere únicamente a las formas sociales y no como es frecuente leer en los trabajos sobre el tema a los tipos legales. Esto significa básicamente que los particulares pueden adoptar solo -

una forma de organización societaria del catálogo legal -una sociedad colectiva, una comanditaria, una -anónima, etc.- quedando sujetas con esta elección al cumplimiento de los requisitos esenciales mínimos --de carácter conceptual ordinariamente- de la figura de que se trate. Respecto de los tipos de estructura que subyacen a cada una de estas sociedades y a través de las cuales se expresa la concepción del legislador, las partes son libres en principio de incorporarles al contrato o de modificarlos. En este último caso, si las modificaciones son tales que rompen la unidad de sentido de la disciplina legal, estaríamos en presencia de una figura atípica. El principio del numerus clausus no sería practicable sin una cierta -fijación de los tipos, es decir, sin una conexión --mínima entre tipo legal y forma social. En el vigente derecho de sociedades los tipos están fijados sólo hasta un grado determinado, lo cual explica que, salvo contadas excepciones, no se encuentre limitada la aplicación de las figuras del catálogo legal. Esto tiene consecuencias para el método de interpretación del derecho positivo ya que no pueden interpretarse del mismo modo sociedades cuya constitución esta reservada para supuestos de hecho determinados --y aquellas otras que pueden destinarse a la regula--

ción de fenómenos asociativos de la más variada naturaleza.

Esta es, por vía de síntesis, la formulación de la doctrina tipológica en orden a la relación entre libertad contractual y *numerus clausus* de sociedad. El tema, en los términos que acaban de indicarse, propone una serie de cuestiones tales como la determinación de los elementos conceptuales definidores de las formas sociales, la fijación de las características del tipo legal, la identificación de los supuestos atípicos. ^(La peculiaridad de esta doctrina) está en el ámbito de aplicación dado al principio del *numerus clausus*: según ello no solo existe un número limitado de formas societarias sino también de esquemas de organización de estas sociedades (tipos legales). Estos han sido "fijados" por la ley, transformados en figuras cerradas, igual que sucede con los derechos reales, de modo tal que entre forma y tipo se crea una relación tan estrecha que con la adopción de aquella tiene lugar simultáneamente, la del tipo que le ha sido asignado. La llamada tipicidad de las formas sociales no es más que el postulado por virtud del cual los socios quedan sometidos a normas de carácter dispositivo, cuando a través de estas últimas se formulan elementos esenciales del tipo. Desde esta perspectiva, el ejercicio de

la libertad contractual aparece condicionado no solo por la prohibición de inventar nuevas formas de sociedad sino por la imposibilidad de configurar la estructura de la relación societaria de forma diversa a la establecida por el tipo (254). Con ello queda eliminada la posibilidad de constituir sociedades atípicas.- La configuración del tipo legal como límite a la li-bertad contractual convierte a este, en la práctica, en un medio técnico para juzgar sobre la licitud de los supuestos atípicos. Aquí es decisivo el grado con que el instituto jurídico viene conectado a un fin legal, es decir, el ámbito mayor ó menor de sus posibilidades de aplicación. Existen circunstancias en que, bajo recurso al tipo, la aplicación de un instituto jurídico a fines para los que no fue pensado ha sido considerado como abuso de derecho. Así por ejemplo, en Alemania, en relación con el conocido caso -Feldmühle (255), en el cual, con ocasión de la transformación de una sociedad, un pequeño grupo de minoritarios se vió obligado a salir de la empresa, bajo la presión y las manipulaciones de los accionistas - que controlaban el concerno.

La polémica en torno a los efectos vinculantes de los tipos legales de sociedad -que domina el panorama --doctrinal europeo de estos últimos años- pone en jue

go basicamente consideraciones de índole político-jurídica. El tema central de esta discusión se refiere a las razones que justifican una rectificación tan radical de la doctrina tradicional. Los argumentos a este respecto son diversos. Por un lado existe la -- convicción de que el ordenamiento a través de los -- singulares institutos jurídicos, no solo elabora modelos técnicos para que los particulares puedan configurar su actividad autónoma sino que con ellos intentan insertar en un sistema complejo principios jurídicos fundamentales, con el fin de una más justa ordenación de la realidad de carácter jurídico-privado. El derecho subjetivo individual a la realización de intereses privados en un marco de libertad se encuentra limitado por la forma en que este derecho -- viene reconocido en el sector de las figuras jurídicas y los elementos de configuración jurídico-negocial previstos en el ordenamiento.

Por otra parte, el derecho dispositivo reproduce las concepciones del legislador sobre una valoración -- justa de una situación de intereses considerada como "normal". Esta valoración legislativa opera como unidad de medida para determinar la existencia en el tráfico de situaciones de abuso. La transformación -- de la tipicidad legal en un límite inmanente de la --

autonomía negocial de los socios y la creación de una nueva figura de abuso jurídico -la de aquellas actividades que excluyan la regulación del modelo legal- se quiere justificar asimismo en la función misma de la norma jurídica. Este planteamiento enlaza con dos núcleos de intereses que en el ordenamiento ocupan una función central: las exigencias de seguridad del tráfico y la protección de la esfera de libertad del socio singular (256).

Del primero de ellos se hace amplio uso, dentro y fuera del derecho de sociedades. Concebido como una aplicación del principio general de protección de la confianza de los terceros, no ha sido formulado con normas de contenido preciso. De ahí que deba determinarse según las circunstancias concretas de cada supuesto. En relación con la disciplina jurídico-societaria, la protección de la confianza de los terceros requiere por un lado que el modelo de operación societaria previsto en la ley se mantenga inalterado en cada figura del tráfico. Las normas sobre publicidad registral y sobre forma social, no bastan para - que los intervinientes en el tráfico reciban una adecuada información sobre las alteraciones que puedan introducirse en la disciplina legal de carácter dispositivo. La falta de una sanción adecuada a una uti

lización técnico-jurídica puramente formal de los institutos societarios dará lugar, en opinión de algunos, a una defectuosa realización de la tarea ordenadora - asignada al Derecho de sociedades y justificaría un - reforzamiento de sus elementos estructurales, en particicular las normas de carácter dispositivo. Estas con--tribuirían por otra parte a resaltar la efectiva significación del contrato social (257) y con ello la --protección del tráfico, de buena fé.

En realidad, si no se quiere caer en conceptualismos, es preciso ver qué es lo que sucede realmente en el - tráfico. Como más adelante veremos, el peligro de las figuras atípicas para los terceros, fuera de las si--tuaciones de abuso, es más bien limitado. La tipici--dad social origina una publicidad de hecho que permite conocer la configuración real de las relaciones internas. Hoy se ha generalizado por ejemplo la constitución en las sociedades de personas de comisiones de gestión compuestas por no socios; la intervención del comanditario en la administración social cuando su --aportación es elevada, sin que ni en un caso ni en --otro se tengan dudas sobre la justificación de esta - práctica desde el punto de vista de la justicia mate--rial ó de la transparencia del tráfico. En este mismo orden de ideas habrían de estimarse los supuestos de

combinación de tipos sociales y, con mayores cautelas, los fenómenos de descapitalización. Todos estos temas plantean el problema de la vigencia de un sistema legal en el cual la ordenación y reciproca delimitación de las formas sociales no obedece a criterios racionales sino que es fruto, en gran medida, de una evolución histórica de rasgos muy peculiares. Por lo que se refiere a la protección del socio singular, es evidente que la adopción del esquema legal garantiza un esquema de fuerzas equilibrado y a través de él queda eliminada la posibilidad de abusos de unos socios sobre otros. Pero este mismo respeto a la libertad individual justificaría, por otra parte, que el ordenamiento confiere a los particulares, dentro de la esfera del derecho dispositivo, la facultad de reglamentar sus propios intereses, sin otros límites que los impuestos por las consideraciones de justicia social y material. La imposición en las relaciones jurídico-societarias del esquema previsto en la ley, como un medio para garantizar los intereses personales de los intervinientes y los generales del tráfico no parece que pueda apoyarse en la configuración del tipo legal. Este no es, esencialmente, más que una propuesta para tratar jurídicamente un supuesto de la realidad, contemplado en su forma de manifestación standard. La --

formulación de principios de justicia material no pue
de tener en este contexto más que un significado limi
tado.

Sobre el tema de la tipicidad social como límite a la
libertad contractual, volveremos a ocuparnos más ade-
lante al examinar la cuestión de los límites inmanen-
tes a la libertad contractual -consideraciones críti-
cas desde el punto de vista del derecho positivo- y -
al replantear el carácter funcional del derecho de so
ciedades, desde una perspectiva de lege ferenda.

PARTE SEGUNDACAPITULO IIIAspectos dogmáticos y politico-jurídicos
de la atipicidad societaria: una inter-
pretación crítica del derecho vigente.A. Consideraciones introductorias

El examen de las cuestiones que se recogen en este capítulo hace necesarias algunas consideraciones preliminares sobre su contenido y finalidad. El objeto primordial del mismo es ver, por vía resuntiva, cuales son los problemas conectados al fenómeno de la atipicidad societaria y qué esquema conviene adoptar para abordar este temario. Aquí vamos a exponer únicamente las líneas directrices de este tratamiento; a los aspectos sistemáticos y metodológicos ya nos referimos con carácter general en la Introducción, por lo que quedan remitidos (1).

Al ocuparnos en el capítulo I de la modificación estructural del Derecho de sociedades se aludió ya a la

imposibilidad de calificar como supuesto de atipicidad toda clase de alteraciones de la estructura interna ó externa de las sociedades mercantiles. El fenómeno de la atipicidad societaria tiene un significado técnico preciso, cuyo contenido resulta necesario determinar. La primera tarea del intérprete es justamente la de - elaborar criterios adecuados para individualizar las modalidades atípicas. Solo así pueden abordarse los - dos temas centrales de este sector: posibilidad y límites de creación de sociedades configuradas con una estructura organizativa distinta de la del modelo legal; régimen jurídico subsidiariamente aplicable a las figuras atípicas.

A efectos expositivos conviene recordar que en este - trabajo la atipicidad societaria se examina, tanto en su dimensión jurídico-positiva como político-jurídica, sólo desde el punto de vista de la modificación organizativa de las sociedades personalistas del catálogo legal. La existencia de un principio de *numerus clausus* en los ordenamientos legales aquí estudiados hace que el supuesto de la atipicidad, entendido como invención de nuevas figuras por los particulares, presente un interés práctico limitado. Los problemas se plan--tean por el contrario en la zona de los contratos cons--tituidos con elementos provenientes de esquemas socie-

tarios típicos diferentes (Typenvermischung). Aquí se examinan especialmente en relación a las sociedades colectiva y comanditaria y, con carácter incidental, a las cuentas en participación.

La primera cuestión es la determinación conceptual de las sociedades atípicas. Ello presupone formalmente - que en estos casos se trata de figuras de naturaleza societaria en las que además se dan los elementos conceptuales definidores de alguna de las sociedades del catálogo legislativo. La calificación de un supuesto como atípico se lleva a cabo siempre en función de un modelo "típico". Esto hace que la caracterización adolezca de un fuerte relativismo ya que lo que desde un determinado punto de vista legislativo es atípico puede no serlo desde un ángulo distinto de ese mismo ordenamiento o de otro diverso. Esta ausencia de trazos individualizadores fijos lleva consigo, por un lado, - la necesidad de precisar los elementos configuradores del tipo -que, como hemos dicho, constituye el punto de referencia esencial- y por otro, la sumisión del fenómeno de la atipicidad a los rasgos peculiares de cada ordenamiento. Ello significa que la determinación de lo que es típico como paso previo a la identidad - de los supuestos atípicos solo puede examinarse desde una perspectiva rigurosamente positiva.

El tema de la identificación de las modalidades atípi¹cas se orienta según esto en dos planos: en primer lu²gar controlar si la figura en cuestión es una de las sociedades reguladoras en la ley; en segundo término ver en qué medida los intereses en juego del caso con³creto se apartan del esquema tenido en cuenta por el legislador. La primera cuestión tiene a su vez, dos as⁴pectos que conviene examinar separadamente: por un la⁵do está el tema del carácter jurídico de la figura, - es decir, si se trata o no de una forma social. Aquí hay que operar con los criterios de individualización de las sociedades como categorías contractuales en su doble dimensión conceptual y legislativa (identificación de primer grado). No se trata solamente de elabo⁶rar un concepto sistemático-doctrinal sino de determi⁷nar un instrumento de alcance jurídico positivo que ayude a considerar como societarias en sentido amplio las figuras que no encajen "prima facie" en ninguno - de los modelos de organización previsto en la ley. En virtud del mecanismo de subsunción que esta operación lleva consigo entran en juego normas cuya aplicación deriva de la función general de determinadas figuras de la ley. A este respecto hay que ver dentro de que límites las sociedades civil y colectiva responden a esta finalidad.

Dentro de esta primera fase de identificación, la finalidad básica consiste en determinar cuál es el contenido mínimo que permite resolver la alternativa admisibilidad-no admisibilidad del hecho concreto al modelo societario en el sentido amplio. La función ordenadora que a este viene asignada implica el tratamiento de cuestiones dogmáticas y político-jurídicas que no se presentan por igual en todos los ordenamientos. Aquí van a ser examinadas prevalentemente en relación con el derecho español.

El segundo aspecto deriva de la exigencia de que los fenómenos atípicos vengan referidos a formas societarias del catálogo legal. Habrá que ver por tanto cuándo las figuras que son societarias en un sentido genérico se subsumen dentro de las formas de sociedad previstas en la ley. El tema de la determinación de las notas caracterizadoras de estas últimas (identificación de segundo grado) plantea, como es sabido, grandes dificultades. Dentro del planteamiento tradicional esta generalizada la opinión de que a cada figura del catálogo legal -sociedades colectiva, comanditaria, anónima, etc.- corresponden un esquema organizativo de rasgos más o menos precisos y de que existe un núcleo de disciplina de la actividad social, que ha de considerarse en cierto modo esencial -lo cual significa la posibilidad de individualizar sin mas cada una de estas

formas sociales y diferenciarlas entre si. El presente trabajo se orienta en una dirección contraria, a saber, que los problemas de identificación de las figuras mercantiles no constituyen en modo alguno materia pacífica y que es cometido de la dogmática societaria elaborar nuevas directrices para un entendimiento coherente de esta disciplina. A este propósito hay que señalar, como hipótesis de este trabajo, que en las figuras asociativas existen, junto a los rasgos esenciales definidores -que constituyen el común denominador de todas ellas- un contenido organizativo mínimo. Lo que sucede es que la identidad de este esquema organizativo no presenta los mismos problemas en todos los ordenamientos, ni en todas las formas societarias. En las sociedades con una organización corporativa es claro que estos elementos de individualización tienen un carácter definido. La cuestión no lo es tanto cuando se trata de sociedades personalistas y de forma especial respecto de la sociedad colectiva. Aquí hay que ver en qué medida la forma social está desprovista en su esencia de todo contenido estructural y si mas que de una organización stricto sensu se trata en este caso de un acto en el sentido de ejercicio de una actividad societaria, en sentido amplio, para el sector del tráfico mercantil.

En caso de que se admita que la colectiva, como socie⁷dad personalista por autonomasia, no está desprovista de identidad comercial propia, se plantea el problema de determinar sus elementos individualizadores. Esta cuestión -aplicable en términos análogos a la comanditaria y a las cuentas en participación- es problema -- por una serie de razones. En primer lugar de carácter histórico: la regulación legal de estas figuras no ha sido fruto de una actividad legislativa realizada en base a consideraciones estrictamente racionales -como, en un cierto sentido, ha sucedido con la sociedad de responsabilidad limitada ó en tiempos más recientes, - con los tipos especiales de sociedad mercantil- sino que sus elementos configuradores son en su mayoría, - el resultado de prácticas comerciales desarrolladas - bajo la presión de factores diversos de índole económica y social. Esto ha hecho de la disciplina legal - un sector normativo heterogéneo, imposible de ser ordenado bajo reglas de carácter puramente lógicos y -- sistemático.

En segundo lugar, las normas jurídicas tienen en este sector una función integrativa, en el sentido de complemento de la voluntad de las partes en todo lo no expresamente previsto por éstas (Lückenrecht). Desde este punto de vista es lícito preguntarse si dentro -

de la normativa legal existe una disciplina a la que pueda anudarse un contenido preceptivo mínimo.

Por otra parte, si se examina la orientación doctrinal seguida en esta materia, se advierte que se trata de una construcción metodológicamente incorrecta. Todo el tema de la individualización dentro de la disciplina legal de núcleos normativos a los que adscribir un valor identificador se ha examinado de acuerdo con la distinción entre normas de carácter imperativo y normas de derecho dispositivo, atribuyendo valor solo a las primeras a efectos de la caracterización esencial de la figura. En este sentido por ejemplo la diferenciación de las sociedades mercantiles en virtud del distinto régimen de responsabilidad por las obligaciones sociales (2).

Sin entrar todavía en el tratamiento de cuestiones, que por su naturaleza podrían desorientar sobre el hilo de esta exposición, hay que anticipar la idea de que en nuestra opinión, las sociedades personalistas y las cuentas en participación tienen una estructura esencial básica, es decir, descansan sobre un esquema organizativo, por elemental que este sea. El fin perseguido con el proceso de identificación de segundo grado es precisamente determinar cuales son los contenidos legales mínimos de estas figuras y, especial--

mente, la legitimidad de asignar a los elementos que serán objeto de examen el papel de componentes esenciales del supuesto de hecho. Por esta vía se intenta, a través de los materiales normativos, una reconstrucción, del supuesto de hecho regulado en la ley. - Ello va a permitir a su vez distinguir entre elementos definidores de la sociedad -cuya finalidad es ordenadora y subsuntiva- y elementos característicos - normas que concretan la disciplina legal y justifican su aplicación al caso concreto. Los mayores problemas se conectan -como veremos enseguida- alrededor de la sociedad colectiva.

La importancia de una correcta caracterización de la sociedad del catálogo legislativo se manifiesta en - que de ella depende, por un lado, la eficacia del -- principio del "numerus clausus" de sociedades mercantiles; por otro lado es presupuesto para la calificación de una sociedad como típica ó atípica (identificación de tercer grado). El carácter previo que revisten las dos primeras fases del proceso de identificación explica que este temario se recoja bajo la rúbrica "presupuestos formales de la atipicidad". El fenómeno de las sociedades atípicas no es abordado - aquí directamente; sin embargo se sientan las bases para un tratamiento adecuado del mismo. El examen de

Estas cuestiones no solo está justificado por razones de claridad expositiva; constituye sobre todo un presupuesto esencial de la problemática de los fenómenos atípicos. El tema de los criterios de diferenciación entre sociedades atípicas y típicas -sobre todo en aquellos supuestos en que esta última contiene clausulas modificativas del régimen legal- podría encuadrarse de acuerdo con la terminología adoptada, dentro de los llamados "presupuestos materiales de la atipicidad". El esquema de trabajo que aquí se adopta, a pesar de ser incompleto y ciertamente opinable, es suficiente a nuestros fines y válido en la medida en que permite abordar, dentro de una sistemática coherente, los dos problemas fundamentales de las sociedades atípicas: -- los límites para su creación y el régimen jurídico a ellas aplicable.

Todavía una observación de carácter general. La problemática sobre creación de sociedades atípicas ha sido -- ya esbozada en la Introducción y expuesta con detalle en el Capítulo Segundo, al ocuparnos de las corrientes doctrinales sobre esta materia en derecho comparado. -- Es obvio que ahora no vamos a hacer, ni seguir por -- vía de síntesis, una repetición de las cosas que allí fueron dichas. La finalidad de este apartado es más -- bien hacer una recapitulación crítica de las aportacioo

nes que han dado pie a la llamada "teoría de los límites inmanentes a la libertad contractual". Se trata - de ver en que medida el derecho vigente permite una - construcción dogmática semejante, toda vez que la -- transformación de sentido de las instituciones de derecho privado hacen necesaria una revisión de las con cepciones dominantes en este sector. Por otro lado hay que examinar, desde una perspectiva de lege ferenda - en qué medida las exigencias de adaptación del derecho a la realidad han de realizarse exclusivamente dentro de una reforma legislativa del derecho de sociedades y, en su caso, cuales habían de ser las directrices de es ta reforma.

El tratamiento de las cuestiones que acaban de indica se tropieza con las mismas dificultades que hemos indi cado al referirnos a la identificación de las modalida des atípicas: la disciplina legal no contiene instru-- mentos aptos que permitan resolver el problema. Tanto la normativa legislativa como la estatutaria, relativa a la organización de las operaciones sociales -fórmu-- las de organización de la administración, relaciones - entre actividad deliberativa y actividad gestora en -- sentido estricto, creación de órganos encargados de es ta última, así como de mecanismos de control adecuados--
 ^incide directamente sobre las relaciones de derecho co

mún y plantea el tema de los límites de su modificación por las particulares. El hecho de que solo el valor real de esta organización societaria quede sometido a normas de carácter imperativo no resuelve el problema de fondo -consistente en controlar si a cada -- forma de sociedad es esencial un esquema de organización interna específico, de forma que la identidad de la figura se lleve a cabo en función de ese esquema- si- no que lo agrava. Esto mismo puede decirse respecto - del mecanismo de producción del resultado social y -- las fórmulas de participación en el mismo, así como - de las normas sobre distribución y medida de la res-- ponsabilidad.

El último tema es el de régimen jurídico de las sociedades atípicas. En relación con este se plantean los problemas de mayor interés práctico, y su tratamiento presupone una adecuada orientación metodológica. En - el Capítulo 2, al ocuparnos de la utilidad del tipo - legal como instrumento técnico para la aplicación del derecho, se indicaron ya los rasgos esenciales de este temario. El interés del mismo está, por un lado, - en la necesidad de abandonar definitivamente posiciones dogmáticas, no infrecuentes en la doctrina y la - jurisprudencia -concepciones típicas de la jurisprudencia de conceptos (aplicación a las sociedades atí-

picas del regimen legal recogido en la disciplina de la forma social a que esta adscrito, salvo en lo que se oponga manifiestamente a aquellas)- y en un replan teamiento del papel que corresponde hoy a la juris-- prudencia en el proceso de creación del derecho. Entre estas dos líneas fundamentales se sitúan una serie de cuestiones -validez del método de la jurisprudencia de interés(es) (valores) en materia de atipicidad,-- societaria, técnicas de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, regimen subsidiario de las sociedades atípicas-, a cuyo análisis se dedica la última parte de éste capítulo.

B. Identificación de las sociedades atípicas

I. Presupuestos formales de la atipicidad

1. Carácter societario de la relación jurídica

(Identificación de primer grado)

a) Directrices generales

El tema de la naturaleza jurídico-societaria de una figura ha sido abordado en derecho comparado desde perspectivas diversas. En los ordenamientos latinos la cuesción viene examinada prevalentemente en función de la causa. La aplicación de este instrumento técnico obedece a la concepción tradicional de la sociedad como figura contractual, lo cual lleva a tratar el problema - en el marco del derecho de obligaciones. La significación de la causa en este sector no se lⁱmita, como es sabido, a garantizar la eficacia del contrato -cuestión de los requisitos causales del negocio jurídico, a que se refieren en nuestro ordenamiento los arts. 1275 y - 1276 C. Civil - sino que diferencia una específica función identificadora- y por tanto, clasificatoria y ordenadora- de los supuestos contractuales regulados en la ley. Por razones sistemáticas, es decir, formales,

Se traslada este mismo planteamiento al derecho de sociedades.

La identificación del contrato de sociedad en base a consideraciones jurídico-obligacionales necesita de algunas puntualizaciones. La validez de este planteamiento, desde el punto de vista metodológico, depende en primer término de que se separen claramente, dentro de la sociedad, los aspectos contractuales propiamente dichos de los aspectos organizativos. La sociedad, a diferencia de lo que sucede en otras figuras de derecho de obligaciones, presenta junto a elementos de este carácter, otros de naturaleza diversa; de relaciones puramente obligacionales nacen situaciones jurídicas, como la constitución de una comunidad de mano común o la creación de una fusión jurídica, que se superponen a aquellas y se regulan por principios procedentes de otros sectores jurídicos.

El recurso técnico a la causa es admisible solo respecto del contrato sociedad, no respecto de la estructura organizativa a la que sirve de soporte. Esta constatación es importante en cuanto permite configurar la sociedad-contrato como un modelo funcional, es decir, como una modalidad de actividad humana caracterizada por la existencia de una función realmente relevante.

A los efectos del encuadramiento del problema, que --

ahora interesa , es irrelevante la vieja disputa doctrinal alrededor de la noción de causa, en particular si por tal se entiende la función económico-social -- acogida en el negocio jurídico regulado en la ley ó si se trata de una función económico-individual en la -- cual convergen el interés, cuya realización se pretende a través del contrato, y la significación práctico-jurídica que el negocio tiene para los intervinientes (3). El punto funcional decisivo del contrato de sociedad es, en todo caso, que varias personas promueven en común la realización de un fin determinado. En este sentido, la sociedad es un esquema-guía del que forman parte una pluralidad de figuras dotadas todas ellas de un mismo significado funcional. Las diferencias entre ellas son solo estructurales y organizativas.

La construcción que acaba de exponerse, sobre el acotamiento de la causa como instrumento de identificación de la sociedad, propone dos cuestiones. En primer lugar hay que ver si la sociedad, como modelo funcional, se limita a las figuras lucrativas -según sostiene la doctrina tradicional- o comprende también modalidades de operación en las que falta este elemento. El problema se examina en relación con la existencia -- de un concepto amplio y un concepto estricto de socie-

dad y a el nos referiremos más abajo. De momento basta con dejarlo planteado. En segundo lugar hay que ver si, una vez identificado el contrato de sociedad por medio de la causa, debe mantenerse la unitariedad de este modelo frente a la pluralidad de esquemas de organización societaria ó si este debe fraccionarse en tantos esquemas causales como figuras societarias contempla el ordenamiento. En otras palabras: si existe un contrato único de sociedad, que opera como denominador común de los modelos legales, cuyos rasgos diferenciadores son exclusivamente organizativos, o si cada una de estas figuras son causalmente -funcionalmente- independientes.

La adopción de uno ú otro criterio tiene consecuencias prácticas importantes. Si se sostiene que la causa -- identifica exclusivamente el contrato de sociedad, diferenciándole de otras figuras contractuales del derecho de obligaciones, queda abierto el problema de la identidad de cada una de las singulares formas de sociedad. La individualización de estas se pone fuera del ámbito "funcional" del contrato y, en determinados casos, fuera también del derecho de obligaciones. La -- atribución al contrato de sociedad de una función genérica, unitaria e idéntica a todas las modalidades de -- operación societaria hace que éstas sean, desde el án-

gulo de la causa, funcionalmente neutras . En el plano de la tarea identificadora, esta concepción presupone la existencia de dos fases consecutivas: ver cuándo estamos en presencia de una sociedad, para lo cual es decisivo el criterio de la causa; ver de qué clase de sociedad se trata, problema que habrá de resolverse con instrumentos de naturaleza diversa. Si se entiende, por el contrario, que cada forma societaria tiene una función propia y que por consiguiente existe un catálogo de causas específicas, el proceso de identificación se llevaría a cabo en un "momento" único y los criterios para individualizar cada sociedad del catálogo legal se desplazarían desde el plano de la función, en sentido estricto, al de la particular disciplina legislativa y, especialmente, al régimen de las relaciones jurídicas externas (4).

La distinción entre elementos obligacionales y elementos estructurales (organizativos) de las sociedades justifica en nuestra opinión la adopción de la primera orientación. Esta resulta preferible no sólo por consideraciones de carácter dogmático sino por razones técnico-jurídicas, recogidas en el ordenamiento positivo. Basta con repasar la disciplina de las sociedades para comprobar la superposición de elementos contractuales y organizativos y la existencia en todas estas

Figuras de una función única: hacer posible la obtención de un fin mediante el concurso de una pluralidad de personas. Solo en el caso de la sociedad colectiva podrían suscitarse algunos reparos. Como es sabido, la colectiva es esencialmente la sociedad civil de los comerciantes que al operar en el tráfico queda sujeta a las garantías y rigor propio de este. Cuando se habla de función de la colectiva como sociedad general se hace referencia ante todo a que la actividad societaria, que tenga por objeto una explotación mercantil y que aparezca en el tráfico en condición de tal, ha de considerarse colectiva sin más. La esencia de esta figura está precisamente en las notas de actividad societaria, objeto mercantil y publicidad al menos de hecho. Dado que el rigor mercantil se aplica de forma automática, todas las figuras que deseen limitarlo deberán adoptar alguna de las restantes formas societarias del catálogo legal, sometién dose en tal caso a las garantías que la ley previene expresamente para estos supuestos (5). Si esto es así, parece que habria que incorporar en el sector de sociedades mercantiles, el objeto de la actividad a la función, con la consecuencia de que en este caso la causa tendría un alcance más preciso: no solo permitiría saber cuándo una relación contractual tiene naturaleza

societaria sino que al poner de relieve el carácter civil o mercantil de la actividad haría entrar en juego, por vía subsidiaria, las figuras de sociedad civil ó de sociedad colectiva.

Esta apreciación, que con algunas puntualizaciones, hay que entender correcta, no justifica en nuestra opinión un planteamiento diverso del indicado más arriba. Lo contrario significaría confundir aspectos conceptuales -determinar la naturaleza jurídica de una figura, en cuanto tal- con consideraciones de política-jurídica -ver qué régimen conviene aplicarla para que los intereses del tráfico queden adecuadamente atendidos. Por otro lado, no parece que deba llegarse a la conclusión, como hace la doctrina que aquí criticamos, de que la sociedad colectiva, independientemente de la actividad ejercitada o de su publicidad, carece de identidad jurídica propia (6). Anticipando ideas que serán objeto de estudio más abajo, puede decirse que la aplicación de la sociedad colectiva como sociedad con una función general no significa que esté privada de rasgos de identificación propios, ni que se trate de un mero concepto sistemático-doctrinal. Lo que sucede es que en esta figura, lo mismo que ocurre con la sociedad civil, hay un núcleo normativo esencial, cuya aplicación depende solo del ejercicio

De la actividad y del objeto, quedando afecta la sociedad al cumplimiento de una función subsuntiva. Pero al mismo tiempo se dan elementos organizativos, que es preciso adoptar para que el régimen jurídico contenido en la ley sea aplicable al supuesto de hecho concreto. El tema requiere sin duda de un desenvolvimiento y precisión mayores; de momento pueden bastar estas consideraciones

Como punto de partida metodológico hay que adoptar, por tanto, el de limitar la función identificadora de la causa al modelo funcional que es el contrato de sociedad. El modelo organizativo -estructura de las formas societarias singulares- tiene una identidad funcional neutra; la individualización de cada figura -- constituye pues una cuestión a resolver caso por caso. Esta orientación explica y justifica el esquema propuesto en estas páginas para el tratamiento del problema: por un lado, el tema de la identidad (funcional) del contrato de sociedad (identificación de primer grado); por otro la individualización de cada societaria (identificación de segundo grado).

Este último tema presenta graves dificultades ya que el legislador ha regulado indiferenciadamente los dos modelos, funcional y organizativo. Debido a ello y -- sin apartarnos de lo esencial del planteamiento ante-

rior, habría que procurar acercar éste a las posiciones sostenidas en la doctrina alemana y suiza. En estos ordenamientos se ha prescindido del tema de la causa y ha centrado la atención en el juego de los factores definidores y elementos característicos de cada figura societaria. Los primeros son esenciales para el nacimiento de la sociedad, en sentido amplio. A través de la incorporación de notas conceptuales específicas, se elaboran los conceptos restringidos correspondientes a cada forma social.

Existe pues una escala conceptual en la que aparecen jerárquicamente ordenados, según la "riqueza" de su contenido, la sociedad civil (sociedad simple, en derecho suizo) y las formas mercantiles de sociedad. Junto a estos requisitos esenciales la ley previene una estructura organizativa cuya adopción es presupuesto para aplicación en el caso concreto de la disciplina legislativa de carácter dispositivo. El resultado como puede verse, no se diferencia sustancialmente del que hemos indicado más arriba. Cuando se dice que el contrato de sociedad se identifica a través de la función (causa), se plantea el problema de determinar el contenido de esta última, tema que se examina en derecho alemán bajo la rúbrica de la fijación conceptual del contrato de sociedad en sentido amplio. Cuando de

Lo que se trata es por el contrario individualizar cada una de las formas societarias, en los ordenamien--tos latinos se habla genericamente de los "rasgos característicos del tipo".

Prescindiendo de la incorrección de esta terminología, el tema se concreta en la distinción entre normas de derecho necesario y normas de carácter dispositivo,--adscribiendo sólo a las primeras el papel identificador (7). En los derechos alemán y suizo, la doctrina distingue, con mayor rigor, entre forma social y tipo, destinando la primera a los rasgos conceptuales que - determina la existencia de esta figura y la segunda al modelo tenido en cuenta por el legislador. Tanto uno como otro contienen los elementos definidores del contrato de sociedad en sentido amplio; la escala concep- tual que aquí se propone hace posible, sin embargo, una mayor rapidez y seguridad en la ordenación de las fi- guras del tráfico.

A los efectos de la exposición de este capítulo tiene interés señalar que bajo formulaciones diversas, que responden al distinto grado de evolución de la dogmática en unos ordenamientos y otros y al peso de ciertas tradiciones jurídicas, el objetivo perseguido es el mismo en estos países. Por esta razón creemos jus- tificado plantear el problema de identificación de --

las sociedades atípicas a través de las fases sucesivas antes mencionadas, con un método que se sirve de ambas orientaciones. En primer término vamos a ver - cuáles son los elementos conceptuales de la sociedad, en el plano doctrinal y jurídico-positivo, y en qué - medida se lleva a cabo con ellas una función diferenciadora. Este tema se presenta con unas características que dependen de las particularidades técnicas de cada ordenamiento, por lo que la cuestión va a ser - examinada basicamente en relación al derecho español. Los problemas dogmáticos y político-jurídicos que se plantean a este respecto han sido abordados ya por - la doctrina española más autorizada, de ahí que solo nos ocupemos de este temario a efectos bien de carácter introductorio ó bien con una finalidad crítica, quedando remitidos los aspectos singulares del mismo.

b) Elementos definidores del contrato de sociedad en derecho español

aa) Situación legislativa y doctrinal

En nuestro ordenamiento positivo el contrato de sociedad origina entre los intervinientes la obligación de poner en común dinero, bienes o industria con ánimo -

de repartir entre sí las ganancias, según se desprende de los arts 1665 C. Civil y 116 C. Comercio. A la vista de estos preceptos, la doctrina y jurisprudencia han sostenido tradicionalmente que es esencial el concepto legal de sociedad, junto a la pluralidad de personas inherente a todo fenómeno de naturaleza contractual, la existencia de una organización patrimonial autónoma y la finalidad lucrativa. Estas tres notas constituirían los presupuestos mínimos de cualquier figura jurídico-societaria (8) y servirían para distinguir los fenómenos de esta naturaleza de figuras jurídicas análogas. Particular acento se pone sobre la creación de un patrimonio común, en el sentido de que todo socio contribuya al patrimonio social con algún elemento valorable económicamente, para distinguir la sociedad del contrato de cuentas en participación; la nota de finalidad lucrativa permite, por su parte, separar la sociedad de la asociación.

La concepción del contrato de sociedad, tal como viene propuesta por la literatura y jurisprudencia dominantes, ha sido objeto de una importante revisión crítica, que pone el problema de la caracterización de esta figura en un plano dogmático diverso (9). Acogiendo la distinción consagrada en la doctrina alemana entre conceptos amplio y restringido de sociedad (10),

Se ha sostenido que lo característico de la sociedad es la colaboración de varias personas para promover una finalidad común y que el derecho español ofrece argumentos suficientes para afirmar que también en nuestro ordenamiento existe un concepto jurídico-positivo genérico de sociedad, apto para recoger figuras que no encajan en el concepto legal de sociedad y dotarlos de un régimen subsidiario.

Las particularidades de esta orientación se manifiestan en tres planos diversos. En primer lugar se recoge como nota esencial de los fenómenos de carácter societario, la existencia de un negocio jurídico ^(da)funcional. Pero contrariamente a lo que ha venido sosteniendo la doctrina tradicional, se subraya que la naturaleza de este negocio no tiene por que ser necesariamente contractual. Con esta ~~puntuación~~ ^{puntuación} quiere tomarse en cuenta, de alguna forma, los esfuerzos de la dogmática societaria encaminados a destacar los aspectos jurídico-negociales de la sociedad, y en particular la estructura jurídica del negocio constitutivo, frente a las restantes categorías contractuales. La tesis del acto colectivo, formulada en la doctrina alemana y recogida por un amplio sector de la doctrina italiana (11) ha puesto de manifiesto los aspectos unilaterales del momento ~~jurídico~~ ^{fundacional}, en el sentido de ausen

cia de intereses contrapuestos entre los socios, lo cual luce con particular claridad en las sociedades de capitales. Por otra parte, y dentro de posiciones estrictamente contractualistas, se ha hablado del contrato de sociedad como contrato plurilateral (12), contrato con comunidad de fin, contrato de organización (13).

Sin entrar ahora en los detalles de esta orientación - hay que señalar que el negocio constitutivo de sociedad, tanto desde el punto de vista de su contenido como de su estructura dogmática, no puede identificarse con el modelo tradicional de contrato. Se impone por tanto, controlar en que medida la terminología aplicada por el legislador y generalizada en la doctrina expresa esta peculiaridad y, sobre todo ver dentro de -- que límites son aplicables a este supuesto la doctrina general de los contratos (14). Desde el punto de vista político-jurídico, la caracterización de las sociedades como figuras jurídico negociales plantean la cuestión de la esencialidad de este requisito y, en particular, las consecuencias que derivan de la falta de un contrato, o de defectos graves del mismo. Este temario, que se examina sobre todo en relación al problema de las sociedades de hecho (15), debe quedar de momento - remitido.

La segunda corrección importante tiene por fin subrayar que a los aspectos dinámico-comunitarios de la relación social, expresados a través de la persecución en común del fin, no es consustancial ni la existencia de un patrimonio ni la índole lucrativa del fin. La síntesis de este pensamiento es, por un lado, que no hay en derecho español ninguna norma que excluya expresamente la constitución de sociedades meramente obligatorias, que funcionen a través de relaciones jurídico-obligacionales entre los socios. Ya los arts. 1666 y 1678 C. Civil acogen la posibilidad de sociedades con solo promoción del fin mediante la aportación de trabajo de todos los socios. Una interpretación teleológica de la ley permite además sostener el carácter inesencial de una comunidad en sentido técnico-jurídico. Lo que hay que ver en la nota de promoción en común del fin social es simplemente el elemento de solidaridad en la colaboración (16).

El problema del carácter lucrativo del fin ofrece mayores dificultades. La concepción del contrato de sociedad como agrupación de personas con un fin estrictamente lucrativo, el cual se concreta en la intención, como objetivo directo y principal del contrato de obtener beneficios repartibles entre los socios,

ha tenido en nuestro derecho el significado de un dogma incuestionable. El juego de este elemento caracterizador se ha hecho valer sobre todo en función de la distinción entre sociedad y asociación. Bajo la presión de consideraciones históricas y político-jurídicas, hoy todavía vigentes, -mantener bajo control gubernativo todo tipo de agrupación humana que persiga fines no económicos que puedan interesar la actividad del Estado- se ha hecho del fin lucrativo el rasgo diferenciador último del contrato de sociedad. Esta concepción choca sin embargo, dentro de nuestro propio ordenamiento, con la disciplina de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, en la que la mercantilidad es independiente del objeto de la actividad social (comerciante por razón de la forma).

Esta contradicción entre carácter lucrativo del fin y normas de derecho positivo -y sobre todo razones -de carácter político-jurídico opuestas a una configuración demasiado estrecha del contrato de sociedad- han movido a una interpretación modificativa de los textos legales. Sin entrar en los detalles, las líneas de esta evolución doctrinal pueden recogerse en los trazos siguientes. El primer paso ha sido ampliar el concepto de beneficio individual del dinero. En -

Este sentido se dice que no es esencial el que la actividad legislativa se dirija, directamente, a proporcionar al socio una ganancia sino que el beneficio de este último puede consistir "en un incremento positivo de riqueza o en cualquier otra ventaja patrimonial de distinto orden", como puede ser la exclusión de -- pérdidas o gastos (17). Dando todavía un paso más se ha distinguido entre beneficio de la sociedad y beneficio del socio. Esta construcción parte de que en derecho español no existe una concepción unitaria de sociedad; las diversidades existentes en este sector entre el Código Civil y el Código de Comercio se manifiestan en la existencia de dos conceptos de sociedad también diversos. Mientras que el art. 116 C. Comercio pone el ánimo de lucro entre las características esenciales de la sociedad, tenga o no lugar un reparto de beneficios entre los socios, el art. 1665 C. Civil -- acentúa este último elemento = el beneficio individual presupone la existencia previa de un beneficio social.

A la vista de estas dos diferentes construcciones se ha dicho que toda agrupación creada para facilitar a sus miembros la percepción de una ventaja económica debe considerarse sociedad, aunque esta última no se proponga, como tal sociedad, la realización de beneficios .

Presupuesto de ello es, en todo caso, que la figura en

cuestión pueda integrarse en una de las categorías so-
 cietarias mercantiles (18). Esta concepción modifica-
 tiva del planteamiento tradicional se ha llevado hasta
 el extremo de sostener que la índole lucrativa del fin
 es irrelevante para la determinación del concepto de -
 sociedad. El tema, examinado en el marco de las rela--
 ciones entre sociedad y asociación, descansa sobre con-
 sideraciones lógico-jurídicas y político-jurídicas que
 han determinado en derecho comparado (derechos suizo y
 alemán) la existencia de un concepto jurídico-organiza-
 tivo de sociedad susceptible de servir especialmente a
 fines comunes de cualquier clase. La introducción de -
 esta concepción a nivel jurídico-positivo resulta posi-
 ble en derecho español gracias al juego de los arts. -
 36, 1665, 1666 C. Civil, arts. 3, 1º LSA, art. 3, 2º -
 LSRL, arts. 1 y 2 de la Ley de 24.12.1964. Una inter--
 pretación teleológica de estos preceptos permite confi-
 gurar un concepto amplio de sociedad, en el que esta-
 rían comprendidas las sociedades y las asociaciones --
 (19), diferenciadas sólo por la particular organización
 estructural de unos y otros. La reglamentación de este -
 concepto amplio sería en principio la de la sociedad -
 civil. Dentro de esta se subsumen todas las figuras que
 no encajan directamente en los modelos legales de so--
 ciedad y asociación (20).

Es superfluo advertir que el cuadro doctrinal que acá ba de presentarse es mucho más articulado de cuanto - aquí pueda aparecer y que tanto los argumentos emplea dos como las soluciones propuestas constituyen una al ternativa real a la concepción tradicional de nuestro derecho positivo. Estos trazos bastan sin embargo pa ra expresar en que dirección se mueve hoy la doctrina más autorizada y al mismo tiempo sentar el punto de - partida de este trabajo. Para nosotros el problema en esta primera fase de identificación esta en saber si - la existencia de una relación societaria puede ser su ficientemente individualizada con los elementos concep tuales mínimos del contrato de sociedad -origen nego cial, fin común, promoción del fin por los socios- ó si es necesario recurrir a otros datos del concepto - estricto de sociedad.

A este proposito son necesarias dos consideraciones: por un lado es claro que la construcción de los con ceptos amplio y estricto de sociedad no esta ahí por un amor de perfeccionismo lógico sino por razones con cretas:= dotar de una disciplina a figuras que no se ajustan prima facie a los modelos asociativos de la -- ley. Si, como ha sido puesto de relieve más arriba, - los elementos mínimos y al mismo tiempo esenciales del concepto de sociedad no son sólo doctrinales sino jurí

dico-positivos y al estar implícitos en los preceptos origina la aplicación al supuesto de hecho de las normas de la sociedad civil -en virtud de la función subsidiaria que a este le viene atribuida- no hay duda -de que, desde el punto de vista político-jurídico, la calificación de una figura, como sociedad en sentido amplio, tiene consecuencias prácticas importantes y -llena un vacío legal. Se trata de dar entrada, por esta vía, dentro del régimen de la sociedad civil a figuras que estarían formalmente excluidas de la misma. A estos efectos es irrelevante que la calificación -- sea de sociedad en sentido amplio ó de sociedad en -- sentido estricto (21).

La cuestión es diversa cuando se trata de precisar en qué consiste exactamente el fin común ó cuándo los socios promueven en común la realización de este fin. - El tema tiene una importancia básica para la tarea de individualización y en este sentido es previo al de - la determinación del régimen aplicable. Decir a este respecto como lo hace la doctrina que la idea central esta en la solidaridad de los intereses de los socios en el fin ó objeto social (22) no ayuda a resolver -- los problemas prácticos de diferenciación entre unas figuras y otras. Aquí se impone por tanto concretar - el contenido de este elemento.

La segunda consideración deriva de la anterior: la calificación de una figura como sociedad en sentido amplio no dice nada más que el régimen subsidiariamente aplicable será el de la sociedad civil; pero no sabemos si todavía se trata de una sociedad del catálogo legal o una figura nueva, de una asociación, de un cartel, de unas cuentas en participación. Este tema se proyecta a su vez sobre dos planos: individualización de cada figura y ulterior diferenciación de la misma frente a las restantes formas asociativas subsumidas en el concepto amplio de sociedad.

No parece necesario insistir en la amplitud y dificultades de esta tarea. Aquí vamos a limitarnos, como ya ha sido expuesto, a determinar por un lado el contenido de los elementos esenciales del contrato de sociedad en orden a su aptitud individualizadora; por otro a identificar las sociedades mercantiles personalistas. A pesar de su alcance restringido, este examen va a permitir plantear cuestiones de aplicación general a las restantes formas societarias.

bb) Alcance individualizador de los elementos conceptuales

1.1. Fin común

El tema de la identidad causal del acto constitutivo de sociedad pone en juego el problema de la validez dogmática del fin común como medio de individualización de los fenómenos societarios en sentido amplio. Las cuestiones que se plantean alrededor de este tema son básicamente de configuración del fin común como categoría conceptual autónoma dotada de aptitud diferenciadora y su esencialidad para el nacimiento de relaciones jurídico-societarias. La doctrina ha llamado la atención prevalentemente sobre este último aspecto sin detenerse a controlar en qué medida el fin común constituye una figura conceptual independiente de la nota de actividad en común. Aunque desde un punto de vista lógico, habría que examinar en primer término la peculiaridad de este elemento y luego su posible carácter esencial, vamos a comenzar por ver el tratamiento de este tema en el derecho -- comparado separando con ello los aspectos expositivos de los de carácter analítico y constructivo.

En derecho alemán la caracterización del fin común -- como elemento conceptual del contrato de sociedad se encuentra en derecho positivo. Los parágrafos 21, 22, BGB, que contienen el concepto legal de asociación --

y en términos más explícitos el 705 BGB, conectan al ejercicio de una actividad asociativa en sentido amplio la persecución de un fin común. En el mismo sentido las definiciones de sociedad colectiva y sociedad comanditaria de los parágrafos 105 y 161 HGB respectivamente. La doctrina ha subrayado de forma unanime el carácter esencial del fin común (21).

En los ordenamientos latinos falta en la ley una mención expresa de este elemento. Una larga tradición jurídica de origen francés ha limitado el requisito de "comunidad" al fondo social y a los beneficios. En estos términos el art. 1832 C. Civil, según el cual en el contrato de sociedad "dos ó más personas acuerdan poner en común alguna cosa con vistas al reparto de beneficios que de ello, puedan resultar". Esta es también la dirección del derecho español, cuyo art. 1665 C. Civil no es más que una transcripción del texto francés. El ordenamiento jurídico italiano se caracteriza asimismo para evitar en las definiciones legales de las distintas formas de sociedad toda referencia al fin común. En este sentido en el art. 1697 C. Comercio 1865 y los arts. 2247, 2511, 2602, 2612 del C. Civile (22).

La configuración del fin común como elemento conceptual del contrato de sociedad ha tenido lugar en es--

tos países a través de una serie de aportaciones doctrinales de clara inspiración germánica. En derecho, italiano su introducción se debe basicamente a Auletta y Ascarelli (23); en nuestro derecho el tema ha sido objeto de un detenido tratamiento por Girón Tena (24). No puede decirse sin embargo que esta figura haya encontrado desde un punto de vista conceptual y terminológico una aceptación clara en la doctrina. A ésta siguen preocupando los viejos problemas dogmáticos de la índole lucrativa del fin (25) aunque parece que no hay duda sobre la esencialidad de este elemento.

Los esfuerzos por individualizar el fin como categoría conceptual se encuentran sobre todo en derecho italiano. Aquí se ha centrado la atención en el tema del contrato como instrumento de composición de intereses contrapuestos y, en particular, en el hecho de si esta contraposición esencial a la idea misma de contrato, se veía de alguna forma afectada por la existencia del fin común. Las construcciones dogmáticas a este propósito pusieron de manifiesto que lo peculiar del contrato de sociedad es la superposición del fin común sobre los intereses personales diversos y a veces contrapuestos de los socios. Pero esta articulación entre fin común y fines individuales se produce

de forma tal que el primero opera como un medio para la realización de estos últimos. Este binomio del fin-medio (Scopo-mezzo y scopo-fine) (26) significa básicamente que la realización del fin común se lleva a cabo después de dar satisfacción a los intereses de los socios.

En derecho alemán, a pesar de la referencia legislativa al fin, no ha habido una concepción clara sobre cuáles son sus elementos constitutivos. Las referencias doctrinales se han limitado casi exclusivamente a destacar la esencialidad de este elemento, el hecho de -- que la comunidad de fin no presupone necesariamente -- coincidencia de intereses entre los socios así como -- otros criterios para presumir su existencia (27). El primer trabajo en que se aborda con algún rigor la estructura del fin social se debe a Ballerstedt (28). Este autor parte de la concepción tradicional según la cual la promoción del fin social para los socios constituye un elemento esencial del contrato de sociedad -- subrayando que esta actividad común debe estar dirigida a un fin también común (29). Esta comunidad de fin no presupone sin embargo coincidencia de intereses entre los socios; el interés del socio singular constituye una categoría distinta del fin social: es el motivo de su participación y como tal no forma parte del con-

trato, mientras que el fín de la sociedad es contenido de este último (30).

Esta distinción entre fín de la sociedad y fin del socio individual se recoge por la doctrina más autorizada, que equipara el fín común al fin social, considerando a ambos contenido del contrato de sociedad (31). Con esto la doctrina alemana se aproxima, en lo esencial, al derecho italiano. La distinción entre fín último (Endzweck) y fín inmediato (Vorzweck) del socio como elementos conceptualmente diversos -- del fín de la sociedad (Gesellschaftszweck) -- integrado por una pluralidad de fines inmediatos--, la calificación del "Endzweck" como "motivo", que en cuanto a tal no forma parte del contenido del contrato, así como la distinción entre fines semejantes ("Gleiche Zwecke") y fín común (Gemeinsamer Zweck) (32) ha permitido esclarecer en gran medida la estructura conceptual del fín pero no ha resuelto si cubre ó no -- una función identificadora y si debe mantenerse como elemento conceptual independiente.

La cuestión plantea dificultades serias. Por un lado parece claro que la esencia de la sociedad y en general de los fenómenos asociativos con relevancia frente a terceros no puede ser aprehendida exhaustivamente en términos de fín común y mucho menos que éste -

sea el elemento central de las diversas figuras societarias del catálogo legal (33). Por otro lado no es tan claro, que la distinción entre fín último y fín inmediato, como categoría distinta del fín común, sea solo una construcción artificial creada exclusivamente para resolver la antitesis entre contrato y conflicto de intereses por un lado y fín común por otro. Es evidente que en la práctica se corre además el riesgo de confundir el concepto de fín común con el de fines individuales homogéneos, con el resultado de que aquel identifique el hecho de la asociación de actividades individuales en lugar de la actividad misma de la figura asociativa. Yo creo sin embargo que para poder determinar el carácter individualizador del fín común no debemos situarnos ^{en} una perspectiva distinta de la actividad en común, es decir, la promoción en común del mismo por parte de los socios. Fín común y actividad en común son como veremos más adelante, aspectos de una realidad conceptual única -el aspecto dinámico-comunitario de la sociedad-, que acentúan según el caso los aspectos objetivos o subjetivos de la misma. El fín común no constituye en este sentido una categoría conceptual independiente lo cual no significa, sin embargo que esté desprovisto de toda función identificadora. En primer término permite, junto a --

los restantes elementos, acotar los sectores de regulación societaria que se definen en términos de relaciones obligatorias, es decir, lo que se ha dado en llamar concepto amplio de sociedad, figura desprovista en principio de contenido organizativo. Pero dentro de este sector puede servir bajo ciertos presupuestos para distinguir entre sí figuras asociativas diversas, como por ejemplo la sociedad y los contratos de cartel (34).

2.2) Promoción del fin por los asociados

El efecto individualizador de la causa del contrato de sociedad no deriva "prima facie" del fin común -- como categoría conceptual autónoma -- según acaba de exponerse -- sino de la solidaridad de intereses de -- los socios en el fin ú objeto social. La actividad común -- por usar una expresión neutra y no prejuzgar la estructura de la colaboración de los socios -- asume una posición central en el proceso de identificación de las relaciones societarias, en sentido amplio. En su formulación más genérica, implica que todos -- los socios contribuyen a la obtención del fin, que a

todos les afectan los resultados y que de una ú otra forma técnica pueden exigirse que sea así.(35).

Con esta caracterización se pone ya de manifiesto un aspecto fundamental de los fenómenos asociativos, a saber, que la identidad funcional de los esquemas negociales está precisamente en la producción de la actividad común a ellos conectada. Esta idea ya esta -- implícita en la teoría del fin común como medio para los intereses de los socios -obtención para el socio de ventajas individuales a través de la comunidad de objeto y actividad- y ha sido acogida en diversos -- preceptos del derecho vigente (arts. 1665, 1666 C. - Civil español, arts. 2247, 2511 C. Civile). El hecho de que los esquemas negociales se dirijan al ejercicio de una actividad "común" no resuelve el problema de saber cuál es el contenido y determinación conceptual de la actividad, es decir, la relación existente entre actividad y negocio subyacente así como los elementos que configuran esa "actividad común" como asociativa. Alrededor de este tema se suscitan una - serie de cuestiones que es preciso examinar. Veamos en primer lugar las directrices legislativas en esta materia.

La fijación del concepto de actividad común ha experimentado en derecho comparado una clara evolución -

hacia posiciones que podríamos calificar formales y -
 objetivas. El planteamiento doctrinal de esta cuestión
 arranca de este problema que tiene, como es sabido, --
 origen francés. En este país se ha sostenido desde la
 época de la codificación que la existencia entre los -
 asociados de una "affectio societatis^a" entendida como
 intención de trabajar, todos juntos y en un plano de -
 igualdad, en el éxito de la empresa común es elemento
 distintivo del contrato de sociedad (36). El carácter
 esencial de este elemento psicológico se manifiesta en
 el hecho de que si falta en la totalidad ó parte de --
 los intervinientes da lugar, según una doctrina pacifiu
 camente admitida, a la imposibilidad de constituir la
 sociedad y en el caso de estar ya constituida, a su --
 nulidad (37).

Esta concepción jurídica ha pesado sobre la evolución
 de la dogmática de otros países; la doctrina y juris--
 prudencia españolas son un buen ejemplo de ello. A la
 noción de "colaboración", característica de toda aso-
 ciación se ha llevado el requisito de la "affectio so-
 cietatis" convirtiéndole en rasgo diferenciador específ
 fico del contrato de sociedad frente a figuras afines
 como las comunidades de intereses y las cuentas en part
 ticipación. A pesar de que en los últimos años diver--
 sos autores han criticado esta orientación (38) no pued

de hablarse todavía de una rectificación de las directrices fundamentales de nuestro ordenamiento.

En los derechos italiano y alemán, la doctrina no ha aceptado este planteamiento de inspiración francesa, destacando, correctivamente, el contrasentido que supone hacer depender la naturaleza jurídica de una figura del ánimo de los intervinientes cuando como es sabido, la calificación de las relaciones jurídicas tiene lugar solo bajo consideraciones objetivas, no intencionales.

El tratamiento del problema hay que enfocarlo pues -- desde una perspectiva rigurosamente objetiva. Esto -- plantea, básicamente la cuestión de los elementos determinantes del concepto "actividad común" aspecto este sobre el que no existen referencias en nuestra doctrina. En derecho comparado -alemán é italiano- se le ha prestado gran atención a este tema. Dado que la -- significación dogmática del problema no depende en lo esencial de las particularidades de un ordenamiento -- positivo concreto vamos a examinar este temario en -- sus líneas más generales con especial consideración -- del derecho español.

Para la determinación del concepto "actividad común" se han puesto en juego consideraciones de índole di--

versa. En la doctrina italiana, se ha sostenido por algunos autores que la peculiaridad de la promoción en común del fin social está en la participación de los socios en el proceso de producción de bienes y servicios. En el marco de relaciones entre empresa y sociedad, en el que esta última asume el significado de organización de personas y bienes (39), promoción del fin social sería sinónimo de realización del objeto de la empresa y, desde esta perspectiva, la actividad común se configura como colaboración en las tareas sociales, una especie de obra colectiva. La construcción dogmática no debe prejuzgar, sin embargo, sobre los instrumentos técnicos de participación de los asociados. El desenvolvimiento común de las prestaciones de estas puede consistir bien en el ejercicio conjunto de la actividad social bien en la realización de operaciones complementarias, siempre que se encuentren funcionalmente unidas a aquella, de modo que asuman un significado económico unitario (40).

La opinión generalizada destaca como rasgo característico de la comunidad de actividad la existencia de un patrimonio social. Esta es, en todo caso, la situación en los derechos latinos, como hemos puesto de manifiesto anteriormente. El patrimonio constituye una consecuencia de las aportaciones de los socios; el --

cumplimiento de esta obligación legal expresa el núcleo esencial de la actividad común. Con la aportación de bienes, derechos ó simplemente actividad los socios promueven la realización del fin y configuran la convergencia de las prestaciones como actividad común en un sentido técnico (41). Al ocuparnos de esta cuestión con relación al derecho español pusimos de relieve los límites de esta construcción. Examina da ahora desde el punto de vista de la identificación conviene todavía precisar que la aportación no desempeña un papel "tipologicamente" esencial en la medida en que no se da en todas las figuras societarias ni constituye tampoco una nota exclusiva de esta (42). Pero en las sociedades en que existe una obligación legal de aportar, ésta tiene una especial significación consistente en que con ella el socio se inserta en un programa de actividad gobernada por un particular interés de grupo. Al contrario de lo que sucede con figuras no societarias, como son en Italia las cuentas en participación, por ejemplo, en las que la atribución de beneficios constituye el título de la participación del socio en el resultado de la actividad, en la sociedad no se da esta conexión entre prestación de riesgo (exposición del socio a un saldo pasivo del negocio) y prestación aleatoria de la sociedad, sino que se trata de una prestación cierta que -

se coordina con el programa de actividad en común. El título de participación de resultado de la actividad no es en este caso la atribución, en términos de reciprocidad, sino en virtud de una particular relación - socio-actividad (43).

Si desde el ángulo de la aportación nos desplazamos - al del patrimonio, se hace todavía necesario una observación, esta de carácter metodológico. No parece - correcto hacer depender el carácter societario de una relación jurídica de la existencia de un patrimonio; la actividad común, como categoría conceptual, no es una consecuencia de la creación de un patrimonio social sino al revés: es la promoción del fin por los - socios lo que puede dar lugar a la formación del patrimonio. El elemento identificador es la actividad común; el patrimonio no es un presupuesto sino una consecuencia, ciertamente no necesaria, de aquella (44). Esta interpretación descansa sobre elementos de derecho positivo, toda vez que existen sociedades obligacionales, en las que la nota de promoción del fin por los socios no desaparece.

Planteado el problema en estos términos, hay que ver, por un lado, las consecuencias que se derivan en orden a la caracterización de figuras asociativas desprovistas de patrimonio; por otro lado sigue abierta

la cuestión de los elementos identificadores de la actividad común. El primero de estos temas se ha concretado en nuestro ordenamiento básicamente en relación con la figura de las cuentas en participación, que se caracterizan como es sabido por estar desprovistas de un patrimonio o fondo común. Con particularidades, -- que afectan sobre todo a la situación jurídico-real -- de las prestaciones realizadas por el partícipe, el -- derecho comparado al definir el contrato de sociedad acoge la nota de ausencia de un patrimonio común en -- términos inequívocos. Esta es también la opinión generalizada en la doctrina y jurisprudencia españolas -- (45). La falta de un patrimonio no parece que pueda -- constituir un argumento decisivo para negar el carácter societario de las cuentas en participación.

Si la realización de las aportaciones y la creación -- de un fondo común no expresan la esencia del aspecto dinámico-comunitario de la sociedad, su rasgo distintivo, hay que ver en qué consiste el núcleo de este -- elemento conceptual. Yo creo que para resolver este -- problema no hay que situarse en el momento constitutivo del fenómeno societario sino en su momento dinámico, en lo que se ha dado en llamar "programa común de las actividades sociales" (46). Como figura contractual la sociedad se caracteriza por la presencia en --

el esquema dinámico negocial de elementos organizativos mínimos, sin los cuales no es posible la promoción en común del fin (46). Aquí se propone el tema de la esencialidad, para el concepto amplio de sociedad, de un esquema organizativo de las relaciones jurídico-sociales. A este respecto son necesarias las siguientes puntualizaciones: como se recordará el método seguido en este trabajo parte de la distinción, dentro de cada forma social, entre elementos conceptuales definidores y elementos estructurales de carácter organizativo. Los primeros, comunes a toda sociedad, acotan un sector importante de la realidad jurídica dentro del cual están recogidas figuras a las que se califica de sociedad en sentido amplio. Los segundos determinan la existencia y caracterización de las distintas formas sociales.

El problema que se plantea, a la vista de esta construcción, es si la existencia de sociedades en sentido amplio se determina exclusivamente con elementos contractuales -lo mismo que cualquier otra figura del derecho de obligaciones- quedando en tal caso los elementos organizativos reservados para identificar las formas sociales singulares ó si por el contrario, ya en las formas más elementales de sociedad se advierte la presencia de un esquema primario de organización.

La separación entre contrato-organización parece que justificaría la primera interpretación: la sociedad sería un simple esquema negocial, diferenciado de las demás figuras negociales solo por su particular función. En nuestra opinión la orientación correcta debiera ser sin embargo, la contraria: el elemento organización es esencial al fenómeno societario, lo que sucede es que no se presenta con el mismo grado de complejidad (48). Lo que diferencia a una sociedad en sentido amplio de una anónima no es el hecho de que la primera carezca de estructura organizativa y la segunda no, sino en la diversa configuración que esta última adquiere en uno y otro caso. Dicho con otras palabras: la distinción entre contrato y organización en el sector de sociedades no debe llevarse hasta el extremo de privar a la sociedad en -- sentido amplio, como concepto ordenador, de todo rasgo organizativo. La tesis que aquí se sustenta es -- que dentro de cualquier esquema de operación societaria, la promoción en común de un fin común da lugar a la existencia de una organización en el sentido de ordenación de los poderes sociales correspondientes a cada socio. Incluso en los supuestos más -- elementales -- sociedades ocasionales, sin personalidad ni patrimonio -- los socios deben resolver el problema de quién de ellos y con qué alcance frente a --

los demás socios debe realizar las actividades necesarias para la obtención del fin común. La organización no solo traduce entonces la voluntad social y garantiza la participación del socio en la actuación de aquella sino que la actividad de la sociedad se expresa entonces como una acción negocial unitaria en interés de una pluralidad de sujetos.

Llevada a sus últimas consecuencias, esta idea significa -en este plano primario- en que nos movemos- que a la organización corresponde una doble función: por un lado ser el instrumento de convergencia de las voluntades singulares de los socios; por otro operar como categoría autónoma, titular de derechos y obligaciones a cuyo ejercicio, en virtud del vínculo asociativo, han renunciado los socios (49). Esta idea hay que entenderla básicamente como una pérdida de autonomía del socio individual en el ámbito de los asuntos de carácter común (50). El grado de intensidad y complejidad de esta última función varía de unas sociedades a otras. Esta interpretación es la que en definitiva se sostiene cuando se dice que el aspecto dinámico-comunitario, que aquí hemos denominado "actividad común", presupone básicamente la contribución de todos los socios a la obtención del fin, el que a todos afecten los resultados y que pueda --

exigirse, de alguna manera, que esto sea así (51). --
Con esto no se ha dicho todavía cual sea la naturaleza jurídica de esta organización y en particular si tiene carácter jurídico-personal. En su núcleo esencial esta organización comunitaria tiene carácter jurídico-obligacional y esta orientada a la prosecución de un fin. Ello permite incluir dentro de esta categoría figuras como las cuentas en participación, las sociedades internas, las llamadas sociedades de subparticipación (asociación de un tercero en la parte de socio) ó los consorcios de emisión entre bancos, -- por citar los supuestos más conocidos. Las acciones y omisiones necesarias para la obtención del fin ó para la creación de una esfera comunitaria de naturaleza real constituyen el contenido de las obligaciones de índole jurídico-obligacional, que los socios contraen frente a la comunidad formada por los restantes socios.

c) Significado de la atipicidad en esta fase
de identificación

El concepto general y rudimentario de sociedad, cuyos

rasgos definidores acaban de exponerse, abarca una serie de figuras heteróneas, desde el punto de vista - de la estructura jurídica con que se organizan, en -- las que se repite, como una constante, las notas de - origen negocial y promoción del fín por los asociados. En este sentido, por ejemplo, los carteles, los sindicatos de accionistas y obligacionistas, las asociaciones en sentido estricto, las sociedades -independientemente de su publicación (sociedades internas y manifiestas), de la índole del fín perseguido (ideal ó luucrativo, civil ó mercantil), de su carácter permanente u ocasional- las diversas formas de uniones de empresas, las cooperativas etc. Todos estos supuestos -- tienen señas de identidad comunes, lo cual supone no solo una valoración "positiva" -atribución del calificativo de sociedad en sentido amplio- sino también negativa, en cuanto acota un sector de la realidad jurídica, excluyendo del mismo fenómenos de actuación collectiva próximos. En este sentido por ejemplo, las fundaciones (en las que no existe la nota de agrupación de carácter personalista), las comunidades de derecho público, las comunidades jurídicas de carácter familiar desprovistas de origen negocial, ó constituidas para la consecución de un fín cuya determinación no - tiene lugar a través de un negocio jurídico (las comun

nidades matrimoniales, por ejemplo), las comunidades de herederos, que por regla general tampoco nacen por vía contractual y en todo caso no se constituyen para la realización de un fin específico (52). Tampoco -- quedan comprendidas dentro del concepto de sociedad -- en sentido amplio los contratos de cambio, en los que los intervinientes no solo persiguen intereses distintos sino que tienen intereses contrapuestos (53).

En esta fase de caracterización de las relaciones jurídicas no hay lugar para el nacimiento de supuestos atípicos. Una posibilidad de esta naturaleza parece que sería admisible desde la perspectiva metodológica de la causa. En la moderna doctrina italiana se ha -- sostenido por algunos autores (54) que la situación -- jurídica derivada de la atipicidad societaria no significa necesariamente existencia de una atipicidad -- funcional, ya que los criterios de tipificación de los supuestos de hecho contractuales no presentan un grado uniforme de intensidad y pueden tener un carácter no funcional. De este razonamiento podría deducirse, -- llevando el argumento a sus últimas consecuencias, -- que una figura conceptualmente societaria podría ser atípica en la medida en que la función contractual -- fuera atípica (55). La conclusión debe rechazarse de plano. Los elementos conceptuales que se han examina-

do constituyen presupuestos esenciales mínimos del -- contrato de sociedad. O se dan estos requisitos y la relación jurídica tiene carácter societario ó no se -- dan y entonces será una figura diversa. Un término me dio no existe. Por consiguiente una función que no -- sea promover en común la realización de un fin común no podrá calificarse de atípica en cuanto excluye uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad. Por otra parte, el significado técnico de los térmi-- nos típico y atípico no permite calificar como atípi-- cos "momentos" exclusivamente conceptuales, como el -- que ahora se examina. La atipicidad es una valoración jurídica cuya razón de ser solo puede justificarse en relación a un tipo. Concepto y tipo -en este caso, su puesto atípico- son figuras lógicas que se producen -- en planos diversos. En el capítulo segundo hemos tra-- tado ya de este problema, por lo que basta con remi-- tirnos a lo allí expuesto.

De momento baste con señalar que los fenómenos de -- "atipicidad societaria", tal como aquí se entienden, se refieren a supuestos conformes con el modelo fun-- cional societario--sociedad en sentido amplio- que -- sin embargo no encajan en los modelos organizativos -- previstos en la ley. Se podrá discutir todavía si han de calificarse como atípicas figuras nuevas, es de---

cir, las invenciones de los particulares que no reúnen ni los elementos caracterizadores del tipo, ni los elementos identificadores de las sociedades del catálogo legal. El presente trabajo parte de una concepción restrictiva de la atipicidad limitando este, exclusivamente, a las modalidades de desviación del tipo y dejando a salvo, en todo caso, los elementos conceptuales de la sociedad en sentido amplio, y de los correspondientes a forma societaria que los contratantes hayan adoptado.

2. Adopción de una de las formas societarias del catálogo legal (identificación de 2º grado)

a) Planteamiento del problema

La calificación de una relación jurídico-obligacional como societaria, en sentido amplio, plantea como primera cuestión, el tema de la "clase" de sociedad de que se trate. Este proceso dirigido a determinar dentro del género sociedad la "especie" concreta co-

rrespondiente al supuesto de hecho (identificación de segundo grado) presupone formalmente que las sociedades del catálogo legal son esquemas organizativos de perfiles definidos y que es posible distinguir en ellos núcleos de disciplina esenciales por virtud de los cuales los fenómenos asociativos de la práctica -negocial pueden ser seleccionados y adscritos a uno -de los modelos legislativos.

Esta opinión, ampliamente aceptada en la literatura -jurídica, descansa sobre dos hechos que son, en si --mismos, problema: la necesidad de que exista en cada una de las formas societarias de la ley elementos aptos para realizar una función diferenciadora; la dificultad de individualizar los elementos que forman el contenido mínimo esencial del contrato, tal como este viene formulado en la normativa legal. La problematización del primero de estos temas obedece, por un lado, a la idea de que las sociedades de configuración más elemental -como en nuestro derecho serían la sociedad civil y la sociedad colectiva- en menor grado, la comanditaria- más que un contenido preceptivo mínimo, -cuyo cumplimiento sería presupuesto de su calificación como tales, lo que tiene es una disciplina-guía, orientada hacia una función integrativa de la regulación -privada, en todo lo no expresamente previsto por las

partes. El problema, al que ya nos hemos referido en otro lugar debe resolverse, en principio, en el sentido de que el carácter de "Lückenrecht" de la disciplina legal no supone, necesariamente, la ausencia de toda identidad negocial de la figura. Tanto en la sociedad civil como en la colectiva hay que admitir, la existencia de un contenido contractual mínimo, que se encuentra positivamente determinado. Una vez acotado este temario hay que determinar ^{que} elementos de la disciplina legal tienen carácter definitivo y cuales no. La importancia de esta diferenciación radica sobre todo en el hecho de que los primeros llevan a cabo una función subsuntiva y anudan al supuesto de hecho, calificado como sociedad en sentido estricto, el régimen de responsabilidad previsto para esa figura por el legislador. Los elementos caracterizadores, no conceptuales, cubren, por el contrario, una función de adscripción del fenómeno de la práctica al cuadro normal ó típico de la sociedad y, por esta vía, determinan la aplicación de la disciplina legislativa al supuesto de hecho; sirven a la tarea de valoración de intereses y régimen aplicable. Una sociedad de personas con una organización corporativa o sin una organización comunitaria o sujeta al principio de organismo de terceros se separa de los presupuestos de aplica-

ción de las normas legales de forma que es necesario preguntarse hasta qué punto conviene a la estructura jurídica "atípica" una disciplina "típica".

La discriminación entre elementos conceptuales y elementos típicos requiere de instrumentos técnicos adecuados, que satisfagan las exigencias de certeza y seguridad jurídicas. A este propósito hay que decir que no puede ser objeto de este trabajo la elaboración de criterios tales que permitan realizar, de forma casi automática, la identificación de los supuestos de hecho. La situación legislativa actual ofrece como máximo, la posibilidad de contar con criterios de selección y valoración del material normativo y a través de ellos poder realizar una tarea de interpretación.

El problema de fondo -reconstruir el supuesto de hecho a que responde la disciplina normativa establecida para una forma correcta de sociedad, distinguiendo entre elementos esenciales y elementos típicos- no ha sido objeto de atención suficiente en la doctrina, -- Las aportaciones sobre esta cuestión se orientan prevalentemente en dos direcciones: determinar los elementos esenciales por vía de las definiciones legales ó, lo que es más frecuente, distinguir entre esta y los rasgos caracterizadores típicos en base a contraponer las normas de carácter dispositivo a las normas de --

derecho necesario. No creo que ninguna de estas construcciones resuelva satisfactoriamente el problema.

La primera parte del argumento, por otra parte inde--
mostrado, de que el legislador ha "definido" las dis-
tintas formas de sociedad y que a la definición ha --
llevado los elementos esenciales de la figura. En de-
recho comparado. Esta concepción descansa sobre la --
vieja idea de que las sociedades del catálogo legal --
se caracterizan, esencialmente, por el régimen de res-
ponsabilidad de los socios para las obligaciones so--
ciales, convirtiendo con ello sectores de disciplina
legal en elementos constitutivos del supuesto de he--
cho contractual (56). En derecho español, donde esta
nota no ha sido recogida en la definición legal de --
la sociedad colectiva (art. 122 - 1º C. Comercio), la
doctrina ha criticado unánimemente lo que se conside-
ra un error del legislador, propugnando su corrección
a través de una interpretación finalista del conjunto
de la nota de la forma social y su función en el sis-
tema legal (57). El tema va a ser objeto de examen más
abajo, por lo que puede quedar remitido. Lo que ahora
interesa señalar es únicamente que las llamadas defi-
niciones legales no son en modo alguno una síntesis --
exhaustiva de los elementos esenciales mínimos de la
figura social, prescindiendo del elemento de la respon-

sabilidad, en derecho español ha quedado también sin formular en el Código la exigencia de la mercantilidad del fin social, como rasgo definidor de la sociedad colectiva. La forma en que han sido abordados en los códigos modernos los problemas de técnica legislativa de esta sociedad y de la comanditaria no permite por tanto equiparar sin más el contenido de las definiciones legales con el cuadro de elementos conceptuales de aquellas.

El planteamiento más generalizado de este tema es el que orienta la esencialidad de los elementos de identificación a través de las normas de ius cogens; -- el carácter imperativo de una norma expresa la significación de esta en orden a la determinación conceptual de la figura. Para poder determinar el contenido mínimo esencial de una forma social y con él los elementos fundamentales de su identificación basta -- según esto con individualizar las disposiciones de -- derecho necesario. No creo que esta construcción sea acertada, desde el punto de vista metodológico. Su -- error consiste básicamente en una radical modificación de la función y significación de las normas imperativas desplazándolas del plano que le es propio -- delimitar el ámbito de la autonomía contractual -- validez ó invalidez de la regulación negocial de conte

nido diverso al de la norma legal- para llevarla a un plano diverso, como es el de identificación del supuesto de hecho legislativo (58). Imperatividad ó facultatividad son términos que se limitan a expresar la relación existente entre proposición normativa y negocio privado, sin hacer ninguna referencia a las notas peculiares -identificadoras- del fenómeno legalmente regulado. La imperatividad significa según esto inderogabilidad; el fundamento de esta última será -- unas veces la voluntad expresa del legislador, otras la vigencia de determinados postulados jurídicos fundamentales -como los principios de la buena fé, las buenas costumbres ó el orden público- otras, finalmente, las exigencias de coherencia entre supuesto de hecho y disciplina jurídica. Es obvio que solo este último aspecto es relevante a efectos de la identidad de la sociedad. El contenido mínimo legal, al expresar la singularidad del fenómeno regulado en la ley, incide sobre la disciplina legal, haciendo de ella una -- disciplina esencial y, por tanto inderogable. Decir -- que las normas que individualizan el supuesto de hecho son imperativas sería correcto solo en la medida en que no se entienda en este caso por imperatividad inderogabilidad. La inderogabilidad presupone que la identificación de la forma societaria ya esta realizada

da (59).

El presente trabajo se orienta en una dirección diversa de la que acaba de exponerse. Aquí se parte de un análisis de las normas legales, como un todo para determinar, a través de él, cuales son los rasgos individualizadores de la sociedad colectiva y de la co--manditaria y, a través de una interpretación finalistica, ver cuales son conceptuales -y por consiguiente inderogables si se quiere mantener la identidad de la figura- y cuales, por ser solo típicas, pueden modificarses ó excluirse sin que con ello se altere la calificación dada a la relación jurídica. Mientras que estas últimas se limitan a transcribir en preceptos legales el contenido socialmente típico del negocio -y resultan por tanto, inadecuadas, para identificar el núcleo esencial del supuesto legal- las normas inderogables, en cuanto respondan a este núcleo, pueden realizar implícitamente, una función identificadora. Dado que el carácter inderogable de una norma no deriva solo de esta "coherencia" con el supuesto de hecho, es necesario examinar la disciplina legislativa con un planteamiento diverso al de simple cotraposición entre derecho dispositivo y derecho necesario. Más que constituir un instrumento para resolver el problema -este binomio es en si mismo un problema abierto que -

hay que resolver a la luz del carácter conceptual o estructural de los elementos contenidos en la norma.

En primer término se examina la estructura personalista de las sociedades colectiva y comanditaria: a continuación la significación del régimen de responsabilidad patrimonial, a efectos de individualización de la figura. Dentro de este temario se aborda, igualmente el problema de la conexión entre facultades de gestión (poder de dirección) y responsabilidad ilimitada.

b) Elementos de caracterización de las sociedades colectiva y comanditaria

aa) Estructura personalista

1.1. Directrices fundamentales

En la doctrina es pacífica la opinión de que tanto la sociedad colectiva como la comanditaria simple se caracterizan por la nota "intuitu personarum". Lo que lle

va a los socios a asociarse son prevalentemente las condiciones personales de cada uno de ellos, su competencia, su honorabilidad, su situación patrimonial. El prototipo de esta clase de sociedades es la colectiva. En la disciplina legal de ésta se refleja lo -- que según la idea más generalizada es peculiar de la sociedad personalista: la contemplación en las relaciones internas de las condiciones personales de los socios, así como de su situación patrimonial, en las relaciones externas, el hecho de que la protección de los terceros se actúe mediante el acceso directo a las personas de los socios.

Esta caracterización de la figura se debe por un lado, al origen y evolución histórica de la misma, Su entron que en las comunidades familiares medievales organizadas sobre lazos de confianza, a los que más tarde se añade el ánimo de ganancias hace que a lo largo de su evolución estas sociedades conserven el espíritu de reci--proca confianza, basado en las características individuales de los intervinientes. Por otra parte, la difusión que el carácter esencialmente "intuitu" de la sociedad colectiva ha experimentado en la dogmática so-cietaria, ha sido consecuencia de la proyección sobre esta figura de la distinción entre ^{las} dos categorías de sociedades de personas y sociedades de capitales. Des

de esta perspectiva se destacan las notas de colaboración inmediata del socio en la gestión (regla general de administración conjunta del art. 129 C. Comercio; disciplina del derecho de información del art. 133 C. Comercio) frente a la regla de organismo de terceros, propia de las sociedades de capitales; la intransmisibilidad de la condición de socio (art. 143 C. Comercio); las repercusiones de las contingencias personales de los socios sobre la empresa social (supuestos de disolución de la sociedad del art. 222 C. Comercio) y la protección de los intereses de los terceros y del tráfico a través de la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria impuesta en el art. 127 C. Comercio. Esta misma nota luce en el régimen legal de la razón social al exigirse que la firma sea personal. Debido a la comunicación de responsabilidad, la indicación de los nombres de los socios tiene una significación especial (art. 126 C. Comercio).

Este cuadro, que acabamos de dar referido al derecho español, expresado que todavía hoy constituye una --tendencia dominante en los ordenamientos europeos. La conversión del elemento personalista en un canon tipológico no sólo cobra importancia en orden a la individualización de las relaciones jurídico-societarias si no sobre todo en relación a su instrumentalización en el proceso de interpretación del derecho positivo, Un

ámbito sector de la normativa legal de estas sociedades se explica, precisamente, desde la perspectiva - del intuitu: existencia de un número reducido de socios en las sociedades colectiva y comanditaria, dificultades para una participación de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada como socios de aquellas, especial significación del deber de fidelidad en razón de la comunidad de trabajo, riesgo y crédito de estas sociedades (vid. arts. 136 y 137 C. Comercio); responsabilidad de los socios en el caso de gestión conjunta (art. 130 C. Comercio) - carácter personal e intransmisible de los derechos - y obligaciones de carácter administrativo.

La configuración del intuitu como elemento estructural básico de la sociedad colectiva y como criterio de interpretación no ha sido fruto exclusivo ni de una determinada evolución histórica ni de la existencia de preceptos en los que se contemplan, más o menos directamente, las condiciones personales de los socios. Se trata ante todo de una categoría elaborada por la doctrina en base a consideraciones de índole diversa. Sobre su contenido y alcance práctico no existe sin embargo suficiente claridad. Debido a ello parece justificado examinar por vía de síntesis dentro de las consideraciones introductorias los esfuer

zos más importantes de caracterización. En el apartado siguiente veremos la relevancia de este para la tarea de identificación negociada, desde un punto de vista rigurosamente positivo. La primera referencia a la significación del elemento personalista en el contrato de sociedad se debe, según la versión más generalizada, a Otto v. Gierke (60). Para este autor la esencia de la sociedad, como categoría jurídica, consiste en su nota personalista. Es la agrupación de varios sujetos la que da a esta su sello peculiar; los restantes elementos, y en particular los vínculos que se crean como consecuencia de la comunidad en mano común, son una consecuencia de este elemento jurídico-personal (61). La esfera comunitaria creada con el contrato de sociedad no puede explicarse ni en su constitución ni en su dinámica desde el punto de vista del derecho de obligaciones ó del derecho de cosas. Para captar su significación particular hay que acudir al fenómeno de la agrupación personal. Este "plus", al mismo tiempo que caracteriza las relaciones societarias, coloca las supuestos de esta naturaleza en uno plano semejante al de los vínculos del derecho matrimonial, salvando las diferencias correspondientes (62). La relevancia de este elemento personalista ha llevado a la doctrina dominante a consi

derarlo uno de los rasgos conceptuales del contrato de sociedad, si bien las formulaciones con que se sostiene esta concepción difieran notablemente entre si (63). La consecuencia más importante de esta orientación es que toda figura societaria, independientemente de la forma adoptada, está dominada, en mayor o menor grado, por el principio del intuitu personae (64).

De momento puede prescindirse de la discusión de si el intuitu personae es o no una constante de los fenómenos societarios. En todo caso es claro que en la hipótesis afirmativa una concepción tan genérica de este elemento no interesa. Aquí interesa determinar el contenido de este elemento como rasgo caracterizador de la sociedad colectiva. Para esta finalidad, el interés de la construcción de Gierke consiste en haber destacado la presencia de elementos configuradores que no se resuelven en términos de derecho de obligaciones o de derecho de cosas, ya que estos elementos configuradores tienen carácter personal.

La fijación conceptual e identificadora del intuitu personae se ha llevado a cabo por algunos autores a través de la configuración legislativa de la condición de socio (Mitgliedschaft) (65). En toda participación societaria existe se dice una dimensión personalista cuyo carácter esencial se manifiesta en los -

derechos de carácter jurídico-administrativo. El carácter "específicamente personal" de estos derechos (66) explica que no haya espacio, para la intervención, originaria ó derivativa, de un tercero no socio en la gestión social (principio de autoorganismo). Con un criterio más amplio la doctrina dominante destaca como aspectos más relevante del intuitu personal el hecho de que tanto para la existencia del contrato como para las relaciones de confianza entre socios son de particular significación las condiciones personales de los socios (67), tema al que ya nos hemos referido. A esta concepción se conectan una serie de elementos como el principio de lealtad, el autoorganismo, la conexión entre facultades de decisión y responsabilidad ilimitada de gran importancia a efectos de la caracterización jurídica de las sociedades colectiva y comanditaria.

De lo dicho luce como a pesar de la tendencia doctrinal a configurar la sociedad colectiva como personalista, no existe unanimidad sobre el contenido de esta nota y menos aún sobre su alcance individualizador. En general vuelve a advertirse en esta materia la misma incorrección metodológica que hemos denunciado ya en otro lugar; más que verificar si entre los criterios identificadores hay un momento de consideración

de las personas de los socios, se da por descontado que es así y con ello, se lleva a cabo toda una interpretación de la disciplina legal. La orientación que aquí se propone es ver en qué medida el factor personal asume en esta sociedad una función de esencialidad y con ello legitima la contraposición tradicional entre sociedad de personas y sociedad de capitales -- (68). Se trata en definitiva de controlar si el elemento jurídico-personal además de cubrir una función de identificación es decisivo en la valoración de los intereses, operando entonces como un límite a la libertad de conformación de las relaciones contractuales para los particulares. Ello obliga a su vez, a examinar la cuestión de si aquí estamos en presencia de un elemento estructural esencial ó si lo jurídico-personal tiene sólo una dimensión formal, en el sentido de hacer que la organización societaria se configure de acuerdo con un modelo de comunidad personal basada en la confianza recíproca.

2.2. Examen del derecho positivo

2.2.1. La relevancia del elemento persona-

lista en el momento de la conclusión
del contrato

Las cuestiones que se recogen en este epigrafe son sustancialmente dos: ver si el intuitu es ó no relevante en el momento de la formación del acto, en el sentido de que las cualidades personales de los socios puedan ser determinantes de la prestación del consentimiento; determinar cuál es la significación de este hecho para una indentificación del contrato de sociedad colectiva.

La primera cuestión no plantea mayores dificultades. - Es claro que el contrato puede poner en primer plano - las condiciones personales de los intervinientes e incluso hacer depender de ellas el ingreso en la sociedad. Esta posibilidad no es sin embargo privativa del contrato de sociedad. En los contratos de cambio pueden tomarse en cuenta también las particularidades personales de los contratantes y someter a estos a un determinado comportamiento, imponiéndolos por ejemplo, - en mayor ó menor medida, una obligación de fidelidad - (69). Lo que distingue a la sociedad como comunidad -- orientada a la realización de fines generalmente duraderos es que en ella las condiciones personales adquieren, como regla general dentro de la esfera de influencia concedida al socio para participar en la configuración de los intereses comunes y en su realización, una

fuerza motivante. La confianza personal en los otros socios es lo que impulsa a asociarse y del mantenimiento de tales lazos de confianza depende en definitiva la subsistencia de la sociedad ó al menos las singulares relaciones socio-sociedad (70). El problema no es tanto pues el reconocimiento de este elemento, como característica normal (en el sentido de frecuencia) de la sociedad colectiva, sino su dimensión identificadora.

A este propósito hay que tener en cuenta que el intuitu, no es un parámetro objetivo sino que nace y se desarrolla en el marco de la colaboración entre los socios. Todas las decisiones reservadas a estos últimos, que puedan dar lugar a modificaciones de estructura del modelo legal (por ejemplo, la reserva, la tarea -- de un socio determinado de la facultad de decidir sobre el ingreso de nuevos partícipes) deben juzgarse desde el ángulo de la confianza recíproca. La intensidad de esta dependerá de circunstancias de cada caso. Este hecho basta, por si solo, para poner de relieve la dificultad de una determinación precisa de este elemento y su validez como criterio de identificación. A este propósito podría objetarse que la relatividad de contenido del intuitu no es tal que impida sustituir las relaciones de confianza personal por relaciones --

de carácter capitalista. Ello significaría, por ejemplo, que la constitución de sociedades colectivas ó comanditarias en la que el factor decisivo fuera el intuitus pecuniae y en los que llegase a institucionalizarse el organismo de terceros sería incompatible -- con la naturaleza de aquellos.

Creo que este razonamiento no discrimina suficientemente la significación del intuitu: como rasgo identificador de la sociedad y su instrumentalización como límite a la libertad contractual, aspecto este último cuya justificación puede depender como veremos, de -- consideraciones ajenas a las que ahora se examinan. -- Sobre esta cuestión volveremos al tratar del principio de autoorganismo.

La segunda cuestión que hay que señalar es que^{en} el marco de una problemática como la nuestra, destinada a -- controlar en qué medida la "personalidad" de los contratantes constituya un elemento diferenciador del su puesto de hecho legal, no parece correcto recurrir a la dimensión psicológica del intuitu ~~ent~~endido como -- "espíritu de confianza". Uno de los esfuerzos dogmáticos más importantes, dentro de este sector, ha sido -- el llegar a una formalización del concepto de intuitu desplazando el elemento de la personalidad de las partes hacia los elementos objetivos del contenido del --

acto, como por ejemplo la naturaleza de las prestaciones o su combinación. Este fenómeno puede advertirse incluso en una disciplina como la del derecho del trabajo, tan proclive a las consideraciones de confianza mutua. En ella la doctrina ha venido subrayando como la "personalidad" del cumplimiento tiene su antecedente en el dato organizativo de la subordinación (71). El control tipológico en materia contractual se presenta como un control dirigido prevalentemente al contenido; su finalidad es traducir el intuitu en elementos caracterizadores del contenido del contrato social a los que pueda anudarse una disciplina suficientemente homogénea. Creo que esta es la orientación -- que debe entenderse correcta. Para atribuir a la personalidad de los socios un carácter identificador no solo aquella debe tener una significación diversa de la de un simple reconocimiento de las cualidades personales, que se lleva a cabo siempre en la elección -- del partner del contrato, sino que tiene que estar recogida, de algún modo, en el contenido del mismo y -- por esta vía actuar sobre las relaciones jurídicas entre las partes. Este criterio debe mantenerse aún en el caso de que se admita que, en su fisonomía tradicional, la colectiva está configurada como sociedad -- gobernada por la confianza recíproca y que en su esencia

cia constituye una comunidad de actividad y de riesgo. La razón es que con ello no se dice aún que el intuitus venga postulado, en el momento de la promoción -- del contrato, para el contenido mínimo esencial del mismo y que, por consiguiente, se trate de un fenómeno conectado necesariamente al nacimiento de un contrato que pueda ser llevado al supuesto de hecho legal (72). Finalmente hay que decir que el hecho de que en la constitución del contrato de sociedad se tenga en cuenta las condiciones personales de los intervinientes no es probablemente más que un reflejo natural del esquema causal societario que como ya hemos visto es válido en principio para cualquiera de las formas del catálogo legal. Lo que sucede es en nuestra opinión, -- que en las figuras caracterizadas por un estatuto legal de tipo capitalista el intuitus persona², sin desaparecer, queda subordinado al intuitus rei.

2.2.2. Relevancia del elemento personalista en el contenido jurídico-administrativo de la relación socio-sociedad: autoorganismo ú organismo de terceros en las sociedades de personas

La finalidad de este apartado, como su título indica, es ver dentro de la disciplina legislativa conectada a la posición jurídica de socio la significación que el elemento personalista tiene para las relaciones de carácter administrativo (73). En la doctrina se ha -- sostenido tradicionalmente el carácter incuestionable del principio de que la estructura jurídica de la sociedad colectiva se asienta sobre una base personalista. La afirmación ha de entenderse, al menos formal-- mente correcta, dado que el conjunto de derechos y -- obligaciones que se anudan a la cualidad de socio esta dominado, desde un punto de vista técnico, por la dimensión "personal" de aquél. En su formulación más genérica, esta correspondencia puede encontrarse en -- cualquier forma de sociedad. En la colectiva y comanditaria la intensidad de esta relación es tal, que ha llegado a hablarse de la participación social como de un "derecho subjetivo", expresándose con ello la relevancia que en la normativa legal corresponde al fac-- tor personalista (74). El problema que se plantea a -- este ~~tenor~~ es si resulta técnica y conceptualmente -- posible separar el momento personalista del núcleo de derechos y deberes que integran la posición de socio. En este sentido se orientan parte de los trabajos de revisión dogmática del derecho de sociedades de perso

nas actualmente en curso (75). A esta finalidad responden igualmente las páginas siguientes.

Para abordar este temario, cuyas dificultades constructivas son notables, vamos a examinar en primer término, y solo en lo referente a la posible función identificadora del intuitu, los presupuestos para la atribución a un tercero no socio de facultades de carácter administrativo. Se trata de controlar si es esencial al contrato de sociedad una fórmula de actuación personal de los socios en el desempeño de actividades de esta naturaleza (autoorganismo) ó si cabe, dentro de ciertos límites, legitimar a un tercero para asumir funciones de gestión y representación (organismo de terceros). Conectado a este problema se plantean asimismo la cuestión del carácter tipológico del régimen de responsabilidad y el tema de la transmisión de las participaciones, a los que nos referimos en epígrafes sucesivos. La importancia de este apartado está en que si se pudiera encontrar en la disciplina legal un principio de autoorganismo o de intransmisibilidad de la condición de socio sería posible determinar con seguridad donde esta la base tipológica de la sociedad.

2.2.2./1 Planteamiento del problema

La cuestión del autoorganismo y organismo de terceros en las sociedades de personas presupone conceptual y terminologicamente la extensión a estas sociedad de la figura del órgano. El problema viene implícitamente planteado en la formulación del principio de autoorganismo, como principio por virtud del cual los portadores de la condición del órgano deben ser necesariamente socios (76). La problemática sobre determinación y ámbito de aplicación del concepto de órgano ha ocupado a varias generaciones de juristas, empeñados en discriminar hasta que punto esta categoría positiva habría de entenderse privativa de los entes dotados de personalidad jurídica. Sin entrar en el detalle de esta discusión (77), baste con señalar que en la dogmática se ha centrado la atención sobre las comunidades de mano común en las que la totalidad de los socios, entendidos como sujetos de imputación de derechos y obligaciones, no tiene, en cuanto a tal, capacidad jurídica. A través de un procedimiento, que podríamos llamar inductivo, se ha llegado a la conclusión de que la situación jurídica de esta figura no difiere esencialmente de la que caracteriza a las personas jurídicas. El socio de una colectiva investido "ministerio legis" de facultades de gestión y representación, asume una posición semejante a la del por-

tador de la condición de órgano, cuya existencia se -
debe al ordenamiento jurídico y no a la voluntad con-
currente de los socios. Esta semejanza se acentua so-
bre todo en aquellos ordenamientos como el alemán, en
los que la extensión del poder de representación viene
determinado a través de normas de derecho necesario -
(art. 124 II HGB).

El funcionamiento paralelo entre personas jurídicas y
entes que no lo son ha llevado a que se consideren de
hecho como "orgánicas" todas las competencias conferi
das a los socios singulares (derecho de oposición, de
aprobación, de voto, de control) que se refieran a la
organización de la vida social ó las atribuidas a una
pluralidad de personas que no represente la totalidad
de los socios (78). En el capítulo primero se indica-
ron algunas de las modalidades más importantes de la
práctica contractual. La peculiaridad más acusada de
la introducción del concepto de órgano en las socie-
dades de personas esta en que mientras en las sociedade
des no organizadas sobre una comunidad de mano común
la existencia del órgano y la extensión de sus compe-
tencias solo puede llevarse a cabo a través del legislador,
en aquellas el reconocimiento de las facultades
de actuación del órgano tiene un fundamento estricta
tamente contractual. Esta diferencia tiene importancia

en el sentido de que la atribución legal de facultades administrativas al socio colectivo ha de entenderse únicamente como una propuesta legislativa (identificación de cualidad de socio) y portador de la condición de órgano), cuya aceptación es facultativa para las partes. La posibilidad de combinaciones que aparten el esquema contractual del modelo legal esta abierta y en este marco se plantea la hipótesis de un organismo de terceros.

No hay dificultad por tanto en admitir una concepción organicista del derecho de sociedades de personas siempre que se tenga a la vista la peculiar configuración de este y, en particular, la diferente legitimación -legal en un caso contractual en otro- que determina la creación de órganos (79).

La contraposición entre autoorganismo ("Selbstorganshaft") y organismo de terceros ("Fremdorganshaft" ó "Drittenorganshaft") domina la literatura jurídica en este sector sin que desde el punto de vista jurídico-material se haya establecido hasta ahora una clara de limitación conceptual de estos términos (80). Abreviadamente puede formularse diciendo que en el primer caso las competencias administrativas vienen conferidas exclusivamente a las personas que tengan la calidad de socios mientras que el organismo de terceros supone

el ejercicio de la gestión y representación de la sociedad por no socios (81). En la literatura se encuentra largamente admitida la opinión de que en las sociedades colectivas y comanditarias rige el primero de estos principios: los derechos administrativos están inseparablemente unidos a la condición de socio. No cabe por tanto excluir a todos los socios de la función gestora y encomendar a un tercero el ejercicio de la actividad administrativa (82). El carácter distintivo de la fórmula del organismo de terceros no está, como a veces se sugiere, en que las funciones de gestión y representación vengán desempeñados por no socios. En base al carácter *intuitu personae* de la relación socio-sociedad, se ha sugerido tradicionalmente que el ejercicio de los derechos y obligaciones de carácter administrativo es personal e intransmisible y que por consiguiente no es posible valerse de apoderados o de cesiones legitimadoras sin el consentimiento de los demás socios. El organismo de terceros tendrá lugar según esto siempre que los derechos sociales no fueren directamente ejercitados por quién posea la cualidad de socio (83).

La caracterización es, en mi opinión, demasiado genérica y no puede aceptarse. El hecho de la intervención del tercero constituye un requisito necesario pero no

suficiente del organismo de terceros. Esta posibilidad puede también darse en un esquema de autoorganismo, siempre que se haga uso de las técnicas de representación voluntaria previstas en la ley. Cuando se habla de Drittenorganschaft se hace referencia a una situación caracterizada por la no atribución automática de los derechos que integran la función jurídica de socio a las personas llamadas a ejercitarlos. No basta la cualidad de socio para disponer de las facultades anudadas "ministerio legis" a la persona del socio. El principio del organismo de tercero presupone más bien un reparto de competencias en distintos órganos: deliberativos, ejecutivos, de control (84) y la existencia de un mecanismo de designación de los portadores de la condición de órganos, que en puridad -- pueden dirigirse tanto a socios como terceros. El núcleo del organismo de terceros consiste pues no sólo en una reestructuración de los poderes sociales sino también el hecho de que los socios no pueden ingerirse indiscriminadamente en el funcionamiento de los órganos cuya titularidad corresponde a terceros. Esencial, en todo caso, es más que la sustracción de la actividad administrativa a los socios, el que las competencias sociales no vengán atribuidas a estos de forma automática. Las facultades de gestión y repre--

representación están reservadas exclusivamente a los que ostenten la cualidad de titulares del órgano social - (Organträger) (85).

Para una mejor comprensión del fenómeno del organismo de terceros, como realidad conceptualmente distinta - de los supuestos de representación voluntaria, conviene todavía algunas puntualizaciones. Piénsese por -- ejemplo en el supuesto de una empresa familiar, en la que con los cambios generacionales los intereses de - los socios se han ido distanciando progresivamente, y en algunos casos han llegado a entrar en colisión. En tales casos los estatutos pueden operar solo limitada mente como factor de integración ya que más que a bus car soluciones de compromiso entre fuerzas contrapues tas están llamados, por definición, a perpetuar la vo luntad de los socios fundadores. La sustracción a los socios de sus facultades y la creación de un gremio u órgano neutral, como puede ser una comisión de repre sentantes de familias de amigos, un banco de confian za, etc. constituye en tales supuestos una práctica - generalizada. El modelo más frecuente es el llamado - "órgano de creación" dotado de facultades de gestión, cuyo ejercicio se encomienda a terceros (86). En este caso la influencia sobre la gestión social se desplaza - de los socios al órgano, el cual puede ser competente

tanto por el nombramiento y revocación de los gestores como solo para lo primero, quedando reservada a los socios la facultad de revocación. Esta última hipótesis ha sido acogida en las modernas legislaciones sobre sociedades de capitales, en la que la libre revocación de los administradores, si bien se lleva a cabo por el órgano de vigilancia, presupone un voto de desconfianza por parte de la asamblea (parágrafo 84 III 1, 2, AKG). Cuando se habla de organismo de terceros en las sociedades de personas no se pretende obviamente equiparar la posición jurídica del tercero a la del socio, sino introducir una fórmula de administración análoga a la que existe en la sociedad anónima y de responsabilidad limitada. Por esta razón no quedan conceptualmente comprendidos en el organismo de terceros los supuestos de cesión de la cualidad de socio a un tercero ni el fenómeno de transmisión separada de los derechos específicos componentes de la participación social, en especial el derecho de voto ("Abspaltung") (87). El problema del autoorganismo y organismo de terceros en las sociedades personalistas, se plantea según acaba de exponerse, fuera del temario de la posibilidad y límites del ejercicio de funciones administrativas por factores y apoderados (88); aquí se trata más bien de que la condición

de portador de órgano pueda corresponder también a terceros no socios. Dentro de estos límites se orienta el presente epígrafe.

La conformación de la gestión social como cometido exclusivo de los socios tiene su fundamento en consideraciones de diversa índole. En primer lugar de carácter legislativo, en cuanto los modelos de regulación, contemplados en derecho comparado, parten técnicamente del supuesto en que la dirección de la empresa social viene confiada a los socios. Estos, por el simple hecho de serlo, se encuentran investidos de la condición de titulares de la actividad gestora (89). Esta contemplación de las cualidades personales de los socios se refleja legislativamente en la normativa sobre la intransmisibilidad de la condición de socio, en el modelo de gestión -ejercitada por todos los socios-, en las reglas sobre el deber de fidelidad, etc. La idea fundamental en todos estos casos es que al ordenamiento no es indiferente quién es titular de función jurídica de socio. Esta no aparece objetivada, independizada de su titular. En la concepción del legislador los socios se encuentran unidos por una pluralidad de lazos personales, asentado sobre el principio de confianza recíproca y en algunos casos sobre un poder de disciplina interna. Un derecho del tercero a participar en la

formación de la voluntad social y en el proceso de vinculación de la sociedad frente a los terceros acreedores no encaja dentro de este sistema (90).

La cuestión central que aquí debe ser examinada, es si el modelo legislativo configurado de acuerdo con la idea del intuitu, constituye en sus trazos fundamentales un esquema de derecho necesario, sustraído a la voluntad de los contratantes, ó si se trata de un rasgo típico que, como tal, puede ser en principio excluido. En este último caso, se plantea el problema del alcance de las cláusulas contractuales y las consecuencias en orden a una posible desnaturalización de la disciplina legal. La existencia generalizada de este modelo legislativo no significa, sin embargo, que la regulación tenga sin más carácter excluyente y que no sean posibles, por tanto, otras fórmulas organizativas. En la doctrina se ha pretendido presentar el esquema legislativo como una regulación de derecho necesario en base a consideraciones de índole diversa. La exclusión de todos los socios de la función administrativa y el valerse de extraños, en calidad de gestores, es incompatible -se dice- con la existencia de una obligación de administrar, inherente al hecho mismo de la participación social. El carácter elemental de la sociedad colectiva, como prototipo de sociedad mercantil, hace --

que forme parte del contenido de la participación la colaboración de los socios en la gestión; esto no solo constituye una facultad sino un deber que incumbe a cada partícipe. En estos términos expresamente el 114 HGB, según el cual para la gestión de los negocios sociales "están facultados y obligados todos los socios". En los ordenamientos latinos, donde no existe un precepto análogo, se ha querido llegar a esta misma conclusión afirmando que la colaboración del socio no constituye un deber sino "una carga" de la cual no puede sustraerse sin poner en peligro el funcionamiento mismo de la sociedad (91). En derecho español la interpretación se orienta en la misma dirección del derecho alemán. Así esta generalmente -- aceptado que, salvo acuerdo en contrario, los socios tienen un deber de colaboración en el orden administrativo cuya infracción da lugar a un incumplimiento contractual y es causa, por tanto, de rescisión parcial (art. 218, 7º C. Comercio) (92).

Por otro lado y respecto de los socios no excluidos de la gestión, no es claro en nuestro país que los artículos que se ocupan de esta cuestión --art. 129, 144, 218, 6º C. Comercio-- parten del supuesto de una obligación específica de colaboración en la gestión salvo que así se haya convenido expresamente. La ley

no presume esta obligación por lo que será una cuestión de hecho ver cuando una comunidad societaria concreta, cuenta con la colaboración activa de los socios en la actividad administrativa. Recientemente se ha objetado que sea contenido del principio de autoorganismo la obligación de colaboración en la administración. Nada impide que los socios se sirvan de terceras personas en calidad de apoderados e incluso que la gestión interna sea asumida exclusivamente por estos últimos - (93). Este planteamiento se hace aún más estricto respecto de las facultades de representación. El modelo legal parte de que solo los socios son representantes (94). En la doctrina esta generalizada la opinión de que para el ejercicio de la representación aquellas -- pueden servirse de terceras personas. Esta posibilidad esta limitada cuantitativamente: solo cuando la representación se lleva a cabo exclusivamente a través de terceros será incompatible con la sociedad colectiva - (95). Las razones que se aducen son de naturaleza diversa. En primer lugar la seguridad del tráfico y la protección de los intereses de los terceros contratantes. Alrededor de esta idea se ponen en juego una serie de consideraciones: la reserva de la administración a los socios, ó al menos a uno de ellos, evita la confusión sobre quien esta legitimado por la representa--

ción directa y el uso de la firma social. La constitu
ción de sociedades de personas con organismo de terce
ros daría lugar además al nacimiento de tipos mixtos,
 que tanto por razones dogmáticas como jurídico-siste-
 máticas debe ser evitada (96); la naturaleza de la so
ciedad se vería finalmente modificada si se permite -
 que terceros, que en cuanto a tales no son responsa--
 bles, actuen en favor de socios ilimitadamente respon-
 sables. En segundo lugar se ha dicho que el concepto
 de sociedad colectiva exige "una explotación común" -
 del negocio objeto de la sociedad (97). Un paso más y
 -según se dice- la contraposición entre autoorganismo
 y organismo de terceros expresaría la existencia de --
 dos categorías diversas de sociedades, unas organiza-
 das en mano común y otras dotadas de personalidad ju-
 rídica y que una intercambiabilidad de esquemas orga-
 nizativos rompería el sistema legislativo.

El fundamento del principio de autoorganismo se ha ar
ticulado básicamente sobre la conexión existente entre
 promoción del fín y sujeción al resultado de la activi
dad común, fórmula que viene anudada esencialmente a -
 la condición de socio. El planteamiento de este fenóme
no reviste modalidades diversas. En su versión tradi--
 cional se dice que dado que la participación en el --
 riesgo es garantía de una administración responsable,

la dirección de la empresa ha de entenderse reservada a las personas que soportan las consecuencias de la gestión, Se trata del conocido binomio poder de disposición-responsabilidad patrimonial, en su doble aspecto interno (participación en el resultado) y externo (responsabilidad patrimonial), que domina desde hace años el panorama mercantil europeo al cual nos referimos en detalles más abajo. De momento baste con indicar que este binomio expresa por un lado la exigencia de que la exposición ilimitada del socio al resultado pasivo conectado a la acción del gestor venga acompañada de poderes de gobierno de aquel sobre las iniciativas tomadas por este último; por otro lado plantea la cuestión de si al poder autónomo del socio gestor debe o no corresponder una responsabilidad personal ilimitada. Para superar las dificultades que suscita dogmáticamente esta temario, se ha sostenido recientemente, la validez del principio de autoorganismo, -- afirmando que una adecuada administración de los intereses sociales solo puede venir garantizada incorporando a la legislación societaria un paralelismo de los intereses concurrentes sobre la base de las expectativas de garantía y riesgo. El juego recíproco de estas dos fuerzas constituiría el resorte para el ejercicio de la actividad gestora y serviría al mismo tiempo

po de correctivo, una especie de efecto preventivo es pecial, de carácter civil, a la amplitud de poderes - de que goza el titular del órgano administrativo (98). Se trata como puede verse de una variante de la formu lación anterior, en la que, sin embargo, el acentro - se pone sobre la expectativa conectada a la actividad en común.

En esta misma dirección se ha destacado el momento ob tivo de la valoración de intereses, afirmando que el principio de la representación legal de la sociedad - a través exclusivamente de los socios constituye la - expresión jurídicamente adecuada a la concepción de - que en una sociedad, competitiva, como es la nuestra, en la que los intereses de los socios corren parale-- los, el derecho a autodeterminarse solo puede y debe corresponder a los socios mismos (99). Lo mismo que - en el caso anterior el fundamento del principio de -- autoorganismo descansan sobre las relaciones de confian za existentes entre los socios.

El principio de autoorganismo se ha sostenido asímis- mo por razones de seguridad del tráfico. El perfil ju rídico de estas figuras como comunidades de trabajo, constituidas sobre lazos de intimidad y recíproca con fianza, exige que las funciones encomendadas al porta- dor del órgano vengán asumidas únicamente por los so-

cios. Aquí se ponen en juego dos consideraciones diversas: por un lado, la necesidad de que en estas sociedades la representación tenga carácter orgánico, - ya que este es el presupuesto para que puedan ser imputadas al ente efectos jurídicos que no se anudarían a ellos mediante las formas de representación voluntaria. Por otro, la convicción de que la seguridad del tráfico y los intereses de los terceros no quedarían adecuadamente atendidos si se creara la confusión sobre la circunstancia de que quién actúa en nombre de la sociedad no responde ilimitadamente. Este argumento enlaza con la exigencia de que la limitación e ilimitación de poderes que pide la seguridad del tráfico se conecte a la imposibilidad de una revocación fácil (100). Lo que a los defensores del autoorganismo preocupa es, en realidad, la amplia independencia respecto de los socios de que goza un administrador no perteneciente a la sociedad y las consecuencias que de ahí pueden derivarse para el tráfico.

La situación de la doctrina dominante en materia de titularidad de las funciones administrativas no resulta satisfactoria (101) ni en cuanto a los resultados obtenidos -exclusión de los terceros de la gestión- - ni menos aún en cuanto al método empleado- atribución de las competencias gestoras al socio en base al régi

men legal de responsabilidad ilimitada. De ahí que sea necesaria la revisión de este temario, tarea que aquí se aborda en relación básicamente al derecho español. El hecho de que esta regulación legal sea la única posible dependerá de la naturaleza jurídica de los elementos organizativos de carácter jurídico-social. Si la ley regula los derechos administrativos de los socios de forma tal que quede excluida radicalmente la cesión de las competencias gestoras a un tercero, habrá que ver entonces si la "ratio" de esta normativa es el intuitu y las consecuencias que de ahí se derivan en orden a la individualización de la figura y a los límites de la libertad contractual de los participantes.

2.2.2./2 Tratamiento del problema

El modelo legislativo parte tanto en derecho comparado como en nuestro ordenamiento del principio de autoorganismo. Lo que no es claro es si este esquema normativo tiene carácter facultativo o vinculante, es decir, si puede ser sustituido por un organismo de terceros, en cuyo caso estaríamos en presencia de un elemento orga-

organizativo que no forma parte de la esencia conceptual de la sociedad colectiva ni de la comanditaria (102). El presente apartado se ocupa de los presupuestos -- sistemáticos del organismo de terceros y de los límites de su aplicación en las sociedades personalistas. Las hipótesis fundamentales son dos: participación -- del tercero en la realización de los intereses sociales a través del ejercicio de los derechos inherentes a la posición jurídica de administrador, como un todo; atribución al tercero de derechos singulares (especialmente el derecho de voto) sin una correlativa privación al socio de su condición de administrador -- ("Abspaltung"). Las causas que determinan en la práctica, la adopción de una u otra fórmula fueron ya examinadas en su momento. Aquí interesan únicamente los aspectos sistemáticos y técnico-juristas que permitan abordar el problema de la admisibilidad de este principio en este sector.

1) Posibilidad técnico-jurídica del organismo de terceros en la actividad gestora

La posibilidad de que los socios contratantes puedan

designar a un tercero para el ejercicio de las funciones gestoras, esta admitida por la doctrina más autorizada (103). La razón de ello es que las facultades administrativas atribuidas al no socio, no confieren a este una posición jurídica análoga a la que la ley previene cuando se trata de socios. Las relaciones del tercero con la sociedad, no quedan sometidas a los principios jurídico-societarios que regulan esta materia - (deber de fidelidad, sustracción de los derechos administrativos por sentencia, etc.); las facultades que se le confieren no le otorgan tampoco un derecho administrativo propio. El tercero está sometido a las instrucciones de la sociedad, y puede ser revocado sin más. Por lo general esta relación se rige por las normas del contrato de servicios ó, según los distintos ordenamientos legales, por el contrato de mandato. Más que de una cesión de derechos administrativos en sentido estricto, se trata aquí, más bien, de encomendar tareas que corresponden, por lo general, a la función gestora. Desde este ángulo es irrelevante si la participación del tercero tiene lugar junto a la actividad de los socios o se lleva a cabo con carácter exclusivo. La decisión es que el tercero se encuentra sometido a las restricciones de los socios (104).

Esta concepción restrictiva de la figura del tercero,

parte de dos modelos de actividad administrativa con trapuesta, asignando unicamente a la función desempeñada por el socio la cualidad de gestión en sentido estricto. La posibilidad técnica de que terceros no socios sean portadores de la condición de órgano en la sociedad colectiva, queda, según esto, excluida.

No creo que este sea el modo correcto de plantear el problema. La cuestión de si un tercero puede ser o no titular de actividades administrativas en las sociedades de personas debe abordarse simultaneamente en dos planos: uno de carácter jurídico-positivo destinado a poner de relieve los puntos de apoyo que -- una construcción de este tipo encuentra en la ley; -- el otro, político-jurídico, tiene por fin ponderar -- críticamente los argumentos en que se sostiene el -- principio del autoorganismo. Veamos cada uno de ellos por separado.

La cuestión de la configuración de un tipo de administrador, sin haber sido abordada directamente en la ley, puede examinarse a través del régimen de la gestión social. Para facilitar la comprensión de este temario, conviene partir de la distinción terminológica y conceptual entre administradores natos, que si no -- dice nada el contrato son todos los socios, (geborene Organe) y administradores elegidos, cuya condición de

administrador, obedece a un acto de nombramiento --
 ("gekorene Organe") (105). Aquí interesa solo esta se
gunda hipótesis: el problema es justamente ver si los
 gestores en virtud de nombramiento especial deben ser
 necesariamente socios o pueden ser también terceros.

Para facilitar la exposición conviene proceder a tra-
 vés de sucesivas distinciones: la primera es determi-
 nar como tiene lugar el acceso a las funciones adminis-
 trativas. La expresión "nombramiento" ó "designación"
 no resulta en principio satisfactoria, ya que la titu-
 laridad de la función gestora dimana, en principio, -
 del mismo hecho de la condición de socio. La regla ge
neral es, como hemos visto, el que basta ser socio pa
ra quedar investido de la cualidad de titular de la -
 actividad gestora.

De ahí el problema de si el contrato puede ó no exone-
 rar a uno ó varios socios de las tareas administrati-
 vas sin nombrar un administrador. La cuestión de si -
 esta sustitución convencional de facultades que corres-
 ponden originariamente al socio constituye ó no una -
 transgresión de elementos inherentes a la esencia del
 fenómeno societario, puede quedar de momento remitida
 (106).

En la práctica lo más frecuente es que la esfera de -

competencia administrativa venga reservada a un determinado círculo de socios. Esta hipótesis de socio "especialmente encargados de la administración" esta expresamente prevista en el art. 131 del C. Comercio español, dentro del cual caben distinguir, a su vez, dos vías para el nombramiento del administrador: la primera es aquella en que la facultad privativa de administrar y de usar de la firma social haya sido conferida "en condición expresa del contrato social (art. 132 C. Comercio); en la segunda -que el Código no fórmula expresamente, pero que está implícita en su articulado- los socios fundadores se limitan a designar en el contrato social los cargos gestores, acordando que se proceda a los nombramientos correspondientes durante la vida de la sociedad. En este último caso se trata de una designación en sentido propio, a realizarse -- en un acto posterior al de constitución de la sociedad.

Estas dos modalidades de configuración de la titularidad administrativa pueden encontrarse asimismo en la tradición legislativa de los derechos latinos. Tanto el art. 1.856 del C. Civil francés como el art. 1.720 ap. I-II, del C. Italiano de 1.965 contemplaban estas dos figuras de socio administrador a los que venía conectada una diversa disciplina, en orden sobre todo -

a la revocación. Lo más significativo de estos ordenamientos es que tanto en Francia, como en Italia, - en el periodo anterior a la unificación la doctrina ha sostenido, puede decirse que unánimemente, la posibilidad de que se confiziesen poderes administrativos a sujetos no participantes en el resultado de la actividad social, a través precisamente de la fórmula recogida en el art. 1.720 C. Comercio (107). En la doctrina más reciente se ha afirmado que estos dos modelos de disciplina de la relación jurídico-administrativa entre sociedad y gestor, no han sido derogados en el Código vigente y que, diversamente a lo que sucede en los derechos de tradición germánica, no existe en los ordenamientos latinos una figura única de administrador -aquél que ejerce la suprema dirección sobre la empresa- sino dos figuras distintas: socios que se encuentran en una posición de independencia, no sujetos a las instrucciones ni a la oposición de los demás socios no administradores y cuya condición de gestores no puede ser revocada sin que medie una causa legítima: y socios administradores, a los que esta facultad ha sido atribuida en acto separado, sujeta a la oposición de los socios no administradores y revocables como en el contrato mandato (108). - Según esto no hay razón para negar la condición de ad

ministrador al tercero al que haya sido encomendada la gestión de los negocios sociales en condiciones análogas a los del socio-administrador, en la segunda modalidad que acabamos de indicar.

La posibilidad de llegar en derecho español a la misma conclusión plantea, en principio algunas dudas de índole sistemática. Los artículos del Código vigente que regulan esta materia, provienen, como es sabido, del código del 29 que a su vez enlaza con el código alemán de 1.861, sin que las modificaciones introducidas posteriormente en el código español de 1.885 alteren sustancialmente la similitud de estas fuentes legales (109). Creo, sin embargo, que para poder resolver el problema es necesario proceder de una forma inductiva. El examen de los preceptos de derecho positivo lleva al siguiente resultado: cuando la facultad privativa de administrar haya sido prevista como condición expresa del contrato, el socio gestor no podrá ser revocado por -- los socios no administradores (art. 132. C. Comercio). Se trata de una posición jurídica inamovible, según se deduce a "contrario sensu" de este artículo. La ratio no esta solo en el hecho de la designación se haya realizado en el contrato sino esencialmente en que la facultad de administrar haya sido atribuida con un carácter privativo. Tampoco podrán los socios no administra

dores "contrariar ni entorpecer las gestiones de aquellos ni impedir sus efectos" (art. 131 C. Comercio). La exclusión de un derecho de oposición es solo una consecuencia del principio general, formulado en los artículos 130 y 131 C. Comercio, según el cual, esta facultad corresponde únicamente a los socios gestores, hipótesis que en el supuesto que ahora examinamos está formalmente excluida. La protección de los socios no administradores se actúa por un mecanismo especial previsto en el art. 132 C. Comercio consistente en la designación de un coadministrador, que debe ser socio ó en la disolución de la sociedad. Esta normativa permite perfilar jurídicamente la figura de un administrador cuya posición proviene esencialmente del carácter contractual de su designación, que se beneficia con ello de la no modificabilidad, en principio, de los contratos. Desde esta perspectiva -autoorganismo ó organismo de terceros- la designación no sería un simple acto de gestión sino una medida que afectaría a la estructura social.

Junto a la modalidad anterior, está el supuesto de la designación del titular de los puestos de administrador previstos con carácter abstracto en el contrato. El nombramiento puede tener lugar en este caso por cualquier procedimiento admisible (unanimidad, mayoría

designación por un órgano con competencia especial, - etc.) y el socio podrá ser revocado en cualquier momento y sin causa (110). Parece que esta facultad debería tener lugar en todo caso por vía mayoritaria. - En este supuesto el acceso al cargo no constituye ni un derecho contractual del socio ni la función encomendada fluye directamente de la condición de tal. La posición de portador de la condición de órgano obedece exclusivamente al acto del nombramiento o designación; el contenido de las facultades gestoras dentro del objeto social, serán en principio las de todo administrador; pero a falta de textos expresos podrán hacerse valer en este caso, con carácter subsidiario, las normas del mandato: esto implicaría la posibilidad de que, dentro de las particularidades que ofrecería en este caso la figura de un mandato "in rem propriam", el designante impartiese instrucciones al gestor, como facultad dirigida a adaptar los intereses sociales a las circunstancias de hecho, sin tener que acudir a la revocación, que no siempre constituye un expediente adecuado ni necesario.

La configuración de este modelo de administrador sometido a las instrucciones de los demás socios tropieza aparentemente con dificultades de índole jurídico-positiva como son las normas reguladoras del derecho de

oposición a que nos hemos referido más arriba. En efecto, de los art. 130 y 131 C. Comercio se deduce que es te derecho corresponde solo a los socios con facultades gestoras, lo cual significa que los socios investi dos de la facultad de administrar están sustraídos a la oposición de los demás socios. Esta regla tiene validez general y por tanto resulta aplicable, tanto en el supuesto en que la "designación" tenga lugar como - condición expresa del contrato, como en el uso de nombramiento en acto separado. Si esto es así, no puede aceptarse que los socios no administradores, desprovistos legalmente de un derecho de oposición frente a los socios administradores, puedan imponer a estos un comportamiento positivo ("Weisungsrecht") (111). Un examen más detenido del derecho positivo pone de manifiesto, por el contrario, que la norma de art. 130 C. Comercio contempla las relaciones entre administradores, -- mientras que el supuesto que aquí interesa es el de las relaciones entre administradores y administrados, y si bien es cierto que el socio singular no gestor no puede formular oposición alguna a los actos del administrador, nada dice la ley sobre los poderes que la colec tividad de socios no administradores tienen frente al - administrador. La solución parece fácil en el supuesto de que la facultad privativa de administrar se haya --

puesto como condición expresa del contrato. Al preve-
nir este hecho en el acto constitutivo, las partes --
adoptaran un diseño organizativo de naturaleza "perso-
nalista". No lo es, sin embargo, cuando el administra-
dor haya sido objeto de designación en un momento pos-
terior. La dinámica misma del nombramiento hace que en
este caso, la colectividad de socios asuma una función
diversa a la anterior.

A la vista de esta construcción tal vez pueda objetar-
se que el paralelo entre el derecho italiano y el nues-
tro no es posible porque en el C. Comercio falta un --
precepto análogo al del art. 2259 C. Civile, es decir,
no existe la base legal para la creación de una segun-
da figura de administrador en los términos que venimos
indicando. La existencia en derecho positivo español -
de dos regimenes de revocabilidad de los socios como -
facultad privativa de administrar en la sociedad colec-
tiva esta implícita en la ley y expresa -lo mismo que
en derecho italiano- dos diversas figuras de administra-
dores: una en posición de independencia, en la que esta
excluida la posibilidad de la revocación ad nutum típi-
ca de la relación gestora, y en la que la posición ju-
rídica de administrador tiene un carácter orgánico en
los términos que hemos indicado más arriba; la otra --
caracterizada por las facultades de interrumpir la re-

lación en cualquier momento, de oponerse a la gestión, de impartir instrucciones sucesivas. Esta distinción -- entre dos tipos de administradores, inducida del régimen legal de la revocación, expresa en realidad dos -- formas diversas de organizar la gestión, una que podría denominarse "personal", la otra por "órganos". Ambas -- tienen carácter orgánico, en sentido amplio; pero mientras que en la primera la participación de la persona designada es esencial al contenido del acto constitutivo de sociedad --entre participación social y administración se crea un "nexo de interdependencia genética" (112)-- en la segunda la identidad personal del socio -- tiene relieve solo en cuanto titular del órgano. Pues bien, si se acepta la premisa de que estos dos regímenes de revocabilidad evidencian dos tipos diversos de "administrador", no se ve por qué el tercero no socio no puede ser considerado gestor, siempre que las funciones que se le encomienden sean semejantes a las del administrador nombrado por acto separado.

Desde un punto de vista técnico-jurídico no parece -- que deba rechazarse en derecho español la hipótesis -- de sociedades colectivas constituidas en base a un organismo de terceros. la interpretación de los textos legales permite sostener --como acaba de indicarse-- la opinión contraria. El haber puesto de relieve la exis

tencia en la ley de una figura de administrador dentro de la cual es técnicamente posible encuadrar la actividad gestora del tercero tiene interés en cuanto demuestra que el esquema legal esta abierto a fórmulas alternativas no necesariamente vinculadas al requisito del intuitu. Este es basicamente el alcance de nuestra interpretación y en este sentido basta para la finalidad de nuestro trabajo. No queda dicho, sin embargo, que con ella pueda fundamentarse sin más en la ley un principio de organismo de terceros. A este propósito hay que decir que la posibilidad, teórica, de que todos los socios esten excluidos de la gestión y en su caso de la representación y de que estas funciones vengan desempeñadas por no socios, en calidad de administradores revocables "ad nutum", no constituiría un supuesto de organismo de terceros en sentido estricto ya que al tercero le falta la autonomía necesaria para poder desplegar su actividad como titular de la condición de órgano. El organismo de tercero solo sería en este caso, una fórmula de gestión y representación colectiva a la que se anuda la cesión de facultades que provienen derivativamente de la posición jurídica de socio (113). En particular no sería aplicable al tercero la disciplina que la ley previene en favor de los socios gestores en caso de descon-

fianza de los demás socios sobre el ejercicio de la -
gestión social (supuesto de revocación de los administradores
a que se refiere en nuestro ordenamiento el
art. 132 C. Comercio).

La cuestión que aquí se plantea es por el contrario -
ver en que medida es posible equiparar la posición --
del tercero a la figura de administrador designado como
condición del contrato, sin que ello signifique la
asunción por este de la cualidad de socio. Se trata -
en definitiva de liberar al tercero de la regla de libre
revocabilidad, dando a su nombramiento un carácter
estrictamente orgánico. No se nos oculta que la hipótesis
en cuestión presenta en nuestro derecho positivo
grandes dificultades constructivas. En la normativa
legal existen dos "momentos" en los que parece acogerse
esta posibilidad. El primero se encuentra en el
art. 229 del C. Comercio al ocuparse de la sociedad -
en liquidación. Aquí el legislador rompe con el princip
pio de organismo de socios y establece que el nombram
iento de los liquidadores puede tener lugar "dentro
ó fuera de la sociedad". En el supuesto de que sean -
elegidos no socios, las normas que regulan la actuaci
ón de estos últimos serán en principio las mismas -
que estuvieran previstas respecto de los administrado
res, medida que se justifica basicamente por razones

de seguridad del tráfico (114). En este sentido, el nombramiento de los liquidadores solo sería revocable en los mismos casos que para los administradores (115), es decir, cuando se den los requisitos contemplados en el art. 132 del C. Comercio. A partir de este modelo de disciplina y en virtud del parentesco existente entre la figura del liquidador no socio y del administrador no socio, se sostiene la posibilidad técnica de una cláusula estatutaria que atribuya a este último una posición gestora dotada de amplia autonomía a través de la renuncia de los socios al régimen de revocación que la ley previene para aquellos (116).

La construcción anterior no deja de plantear serias dudas. En primer lugar y aunque se admita que la posición jurídica del liquidador tiene una cierta estabilidad -lo cual resulta claro, en derecho alemán, del contenido del parágrafo 147 HGB, pero no en el nuestro, donde a falta de un precepto análogo solo cabe una interpretación sistemática- hay que preguntarse si el mandato conferido a los administradores no se encuentra "condicionado" por la finalidad misma del proceso liquidatorio, en el cual falta el margen ó amplitud que requiere el ejercicio, en circunstancias normales, de una actividad empresarial competitiva.

La generalización de una fórmula pensada para circunstancias en cierto modo excepcionales, como es la liquidación del patrimonio social y el hecho de que en ella la gestión pierda su carácter genuino de promoción del fin común hace que haya de aceptarse, con grandes reservas, una interpretación semejante (117). En la doctrina se ha destacado asimismo el hecho de que en la fase liquidatoria falta el paralelismo de intereses que caracteriza a las sociedades de personas: frente al interés colectivo en el éxito de las operaciones sociales prima aquí el interés de cada socio en una cuota de liquidación lo más elevada posible; esta "pluralidad de intereses", como la califica Wiedemann (118) es típica de la sociedad en liquidación; ella no existe en el supuesto de exclusión ó revocación del socio.

La segunda hipótesis de atribución a un tercero de facultades administrativas sería aquella en que inicie contra el único socio facultado para administrar la sociedad un proceso, en el que se solicite su revocación como gestor ó su exclusión de la sociedad. El supuesto típico es el de una sociedad comanditaria de dos socios, en la que el comanditario no está satisfecho de la gestión del socio colectivo. Se trata de un supuesto cuya "ratio" es semejante a la que acabamos

de examinar. Aquí juegan ciertamente consideraciones de diversa naturaleza, tales como las de agilizar, - por razones de economía procesal, el sistema de designación de un representante de la sociedad, aspecto es te que si nada dice el contrato difícilmente podrá -- ser resuelto con la necesaria rapidez por los socios apartados de la gestión. El nombramiento tiene lugar en este caso por acto judicial y la duración vendría restringida al periodo en que dura el procedimiento - de separación ó exclusión del socio (119). En principio son de aplicar las mismas reservas formuladas para el supuesto anterior.

'') Posibilidad del organismo de terceros en la
representación

El alcance de la construcción anterior se limita, en principio, a las actividades de gestión. Hay que ver ahora si cabe esta misma interpretación para la representación ~~y si existen~~ argumentos dogmáticos ó político-jurídicos por virtud de los cuales resulta incompatible la fórmula administrativa de la Drittenorganschaft con la normativa legal. Se trata de confrontar

la solución aquí propuesta con los principios generales de esta disciplina, lo cual nos lleva a un replanteamiento crítico de los fundamentos dogmáticos del autoorganismo.

El problema de la configuración de la representación social según el principio de organismo de terceros -- vuelve a hacer necesarias, con carácter introductorio, algunas consideraciones generales. En la doctrina no es pacífico si el juego de este principio en las sociedades de personas debe partir de la distinción dogmática entre gestión y representación. La validez de esta distinción en orden al tema que ahora nos ocupa, ha sido contestada, en los términos siguientes: si por gestión y representación se entiende, como hemos dicho antes, una actividad única con ángulos de relevancia jurídica distintos, es decir, funciones de una misma figura organizativa, parece que la contraposición carecería a los efectos que aquí se examinan de actitud conceptual y aplicativa; si por el contrario se sostiene que son funciones disociadas, correspondientes a figuras diversas, entonces habría que ver donde la intervención del tercero puede ser de mayor relevancia. De acuerdo con lo que hemos expuesto más arriba habría que concluir afirmando que la dimensión funcional del ejercicio de la actividad social se encuentra

en la gestión, que aquí significa básicamente dirección de la empresa y cuyo correlato es según la opinión generalizada es la responsabilidad patrimonial ilimitada. La actividad de representación no es entonces más que la "exteriorización" frente a terceros de los contenidos definidos por la figura del administrador. De ahí se abre una doble vía de responsabilidad, interna -del representante frente a los socios- gestores- y externa, de la sociedad frente a los intervinientes en el tráfico. El mecanismo de vinculación del tercero, dotado, de facultades administrativas, opera al margen de la distinción entre gestión y representación.

La interpretación que acaba de exponerse no ha llegado a generalizarse. La opinión más extendida es que -la gestión social, como actividad jurídica que dentro del marco contractual estatutario acordado promueve -la realización del fin social común, puede ser asumida por terceros. Se trata sin embargo de terceros que no quedan investidos por ello de la condición de administradores, sino que intervienen como factores o apoderados de los socios. El fundamento está en la regla de libertad de pactos que rige en las relaciones jurídicas internas. En cambio, a los efectos de la representación -que es esta misma actividad de gestión, pero

desde el ángulo de su relevancia externa (vinculación de la sociedad frente a tercero)- se rechaza que los terceros puedan colaborar, ni siquiera como apoderados. La razón que se da es que "la actuada por medio de apoderados ó factores no es orgánica y en caso de revocación de las mismas ó se admite la existencia - de una causa de solución ó hay que estar a la regla de que todos los socios son administradores-representantes. De ahí que la solución negativa sea incorrecta" (120).

Creo que el tratamiento de la cuestión, tal como viene propuesta en la doctrina citada debe rechazarse. - En primer término hay que decir que la distinción entre gestión y representación es en principio válida - como instrumento para abordar esta problemática. Más adelante veremos dentro de que límites. El fundamento es jurídico-positivo y viene determinado por el régimen legal de la representación. Esto aparece claramente en derecho alemán, cuyo art. 126 II HGB, al regular las relaciones jurídico externas configura la titularidad de los socios como un poder autónomo, cuya limitación, salvo en el caso de mala fé es inoponible a terceros (121). A partir de este dato normativo, la literatura alemana ha sugerido la necesidad de separar la gestión de la representación como categorías

conceptuales específicas. Esta construcción, aplicada a nuestro tema, significa que el tercero solo puede - asumir orgánicamente la posición de administrador en el ámbito de la gestión; a efectos de la representación su participación ha de limitarse a la de factor ó representante, que no tiene en cuanto tal carácter orgánico. Esta fórmula parte de la distinción, tradicional en el sector de la representación de las sociedades, entre representantes natos (geborene Vertreten) y representantes designados (bestellte vertreten) reservando la intervención del tercero a estos últimos. En los ordenamientos latinos, la situación legislativa es diversa, salvo en derecho francés. El art. 14 - de la ley 24.7.1.966 introduce una nueva regulación - del poder legal de los administradores en sus relaciones con terceros. De acuerdo con la directiva 68/ 151 del 9 de Marzo de 1.968 de la C.E.E. el legislador -- francés ha extendido a las sociedades de personas la regla del poder legal que existía antes solo para los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada. Las cláusulas que limiten el contenido de este poder son "inoponibles a terceros" (art. 14 al. 3 de la ley).

En derecho italiano las relaciones con terceros se inspiran en la presunción de que quien actúe en nombre de

la sociedad tiene la representación social (art. 2297 C. Civile), limitaciones a este principio solo son -- oponibles a terceros que ignoren su existencia cuando hayan sido oportunamente inscritas en el Registro (art 2.300 C. Civile).

No es claro cual sea la orientación que conviene a -- nuestro ordenamiento. La falta de un precepto semejante al art. 126 II HGB ó al artículo 14 de la ley de - 1.966 francesa plantea el problema de si es técnicamente posible adoptar una solución semejante a la seguida en estos países. La doctrina ha defendido esta inter-- pretación tanto por razones político-jurídicas -la reserva de la representación a los socios evitaría las - graves consecuencias que se derivan de la revocación - del tercero encargado de esta actividad- como técnico-jurídicas -existencia y funciones en nuestro país de - un Registro mercantil. La argumentación se lleva básicamente por vía de los principios sobre representación mercantil recogidos en el ordenamiento positivo. Según el art. 286 C. Comercio el efecto representativo se -- protege, incluso en el supuesto de transgresión de facultades, si los actos de que se trate corresponden al objeto ó giro del establecimiento. La representación - en la colectiva es orgánica, como ya hemos dicho; las reglas subsidiarias han de buscarse no obstante en las

figuras mercantiles de contenido representativo (122)).

Según esta construcción legal sólo los socios podrán ser representantes natos; la exclusión de la totalidad de los socios y su sustitución por terceros no sería posible ni siquiera en el caso de que éstos actuen con apoderados. El problema no se plantearía por el contrario respecto de la gestión.

Me parece que en nuestro derecho la distinción entre gestión y representación debe mantenerse, pero por razones y con consecuencias diversas a las que acaban de exponerse. En primer lugar ya hemos dicho que la intervención del tercero en la gestión puede llevarse a cabo en virtud de una relación de servicios, como apoderado, pero también puede tener lugar con carácter orgánico. Esta hipótesis pone en juego básicamente cuestiones de responsabilidad patrimonial del tercero que de momento han de quedar remitidas. Con relación a los representantes hay que decir que la afirmación de que tiene que haber al menos un socio encargado de la representación social y que no casa con la naturaleza de la sociedad el que esta función venga encomendada exclusivamente a terceros -incluso como apoderados de los socios (123)- no resulta satisfactoria. Las cuestiones que se suscitan son básicamente las relativas a la posibilidad de que la sociedad ven

ga representada por una persona que carece de un poder autónomo para obligar a los socios ilimitadamente responsables. Este tema suscita, como ya hemos visto, el problema de la oponibilidad a los terceros de las limitaciones del apoderamiento. El recurso al art. -- 286 C. Comercio como norma de carácter subsidiario no permite resolver esta situación en términos análogos a los del derecho alemán ya que este precepto lo único que dice es que el efecto representativo se protege incluso en el supuesto de transgresión de facultades, si los actos de que se trate corresponden al objeto ó giro del establecimiento. De ahí no se sigue -- que sea imposible una limitación de poderes sino sólo que la sociedad queda en todo caso vinculada; es decir, el problema no se refiere a la posible ineficacia de las limitaciones sino únicamente a hacer descansar sobre el principal los efectos del contrato celebrado por el representante notorio, en las circunstancias que establece el art. 286 (124).

La inscripción en el Registro de las limitaciones de la figura del representante no socio pone en marcha -- el mecanismo que reclama la "confianza en la apariencia". La protección del tercero desaparece incluso en los casos que conozca efectivamente la limitación de poderes del representante, ó pudiera conocerla, pro-

blema éste último que pone en juego cuestiones de prueba y de estimación de circunstancias, difíciles de valorar. En este sentido nuestro ordenamiento está más próximo al derecho italiano que al derecho alemán. La concepción unitaria de la administración por parte del legislador permite sostener, por razones de índole sistemática, que si el tercero puede ser técnicamente gestor esto le legitima al mismo tiempo para el ejercicio de la representación (125). Si prescindimos de los aspectos puramente técnicos y examinamos el problema desde una perspectiva político-jurídica, la posibilidad de representación social exclusivamente por terceros no puede presentar dificultades. De este tema nos ocupamos en el apartado siguiente.

125) Aspectos político-jurídicos del problema

Si desde el punto de vista técnico-jurídico no existe dificultad en introducir en las sociedades personalistas un sistema de *Drittenorganschaft* hay que ver ahora como se presenta la cuestión en sus aspectos político-jurídicos. En este sentido resultan escasamente convincentes las razones que se han expuesto más arriba

en favor de la Selbstorganschaft. El problema se refiere, como hemos señalado repetidas veces, al carácter necesario ó dispositivo de la disciplina legal. No hay duda de que la ley parte del principio de autoorganismo, faltan disposiciones sobre selección, - designación, revocación, indemnización por daños y - perjuicios de eventuales órganos bajo titularidad de terceros; el modelo legislativo parte en principio - de la inaplicabilidad a terceros de las normas sobre la revocación de los socios gestores. Toda la normativa se orienta hacia un esquema de colaboración de los socios. La hipótesis de la participación de los terceros, primero como representantes de los socios y luego como portadores de la condición de órgano -- constituye, por esta razón, una cuestión dogmática - abierta.

Los problemas de legitimidad -quienes pueden representar a la sociedad- han merecido desde siempre poca atención en la doctrina. Se ha dado por supuesto que solo los socios y el temario se ha centrado en este sector, alrededor de la extensión o amplitud de los poderes de estos últimos. De ahí que los argumentos se construyan sobre bases poco solidas. Un examen de la legitimidad parece por tanto imprescindible, habida cuenta que en el plano legislativo, el -

tema de la representación ha sido tratado al mismo - tiempo que el derecho de gestión interna. Independientemente de la diferenciación entre gestión y representación y sí se sostiene -como sucede en este trabajo- que el tercero puede ser gestor, con una cualidad jurídica diversa a la del apoderado, es claro que el tema de la titularidad de la representación se problematice y cobre una nueva dimensión. Veremos a continuación los argumentos en contra del organismo de terceros.

La exclusión de este principio por razones de seguridad del tráfico es poco satisfactoria. La primera cosa que hay que preguntarse es cual es la "ratio" de la protección de los terceros y ver si esta exige una restricción semejante. Si se examina este problema -- sin prejuicios se ve que lo que el tráfico pide no es que el que actúa en nombre de la sociedad sea socio y responda ilimitadamente -lo cual, se dice, vendría a satisfacer una "expectativa" de los terceros contratantes- sino el hecho de que en la sociedad exista una persona facultada para representar, sin restricciones, a la sociedad. Que esto se lleve a cabo por un socio ó por un tercero debiera ser técnicamente irrelevante, siempre que en este último caso se mantuviese invariable la amplitud legal del apoderamiento. La distin-

ción entre representante neto y representante designado -que constituye el instrumento que ha hecho posible tradicionalmente el desempeño de actividades de representación para terceros (126) pierde en este sentido toda su utilidad ya que nada impide que el tercero subentre en la posición socio como titular de la actividad orgánica (127). Desde el punto de vista del interés de los terceros- que significa esencialmente protección de la confianza (128)- no hay una diferencia esencial entre que sea solo un socio el que actúa como representante o que sea un tercero. En el primer caso, el que contrata con la sociedad a través de ese socio querrá saber si esa concreta persona está ó no dotada de facultades de representación. A la hora de controlar este extremo no le sirve de nada saber que en esa sociedad existe al menos un socio encargado de la representación. En todo caso habrá que informarse quién está legitimado para ello y con tal motivo comprobar que la persona es un tercero no socio, contratado por la sociedad para esta tarea específica (129).

Lo mismo cabría decir de los restantes argumentos. Suponiendo que existiese una obligación de ejercitar en común la explotación mercantil por parte de todos los socios, ello no significa que, en virtud del meca

nismo de representación voluntaria estos no pueden -
servirse de terceros para este fin, terceros que por
lo general estan mejor preparados para esta actividad.
Tampoco el recurso a la existencia ó no de personali-
dad jurídica resulta convincente. Ciertamente no en -
un ordenamiento como el nuestro que atribuye persona-
lidad jurídica a todas las sociedades. Pero incluso -
en aquellos ordenamientos en los que las sociedades -
de personas carecen de ella -como sucede en el derecho
alemán- organismo de terceros y comunidad de mano co-
mún no son categorías jurídicas opuestas. Si se pres-
cinde del supuesto de exclusión del comanditario de -
la gestión que obedece, como es sabido a causas histó-
ricas y legislativas particulares, no se encuentran en
la ley normas que impidan el que uno ó varios socios -
- ó la totalidad de los mismos- renuncie a las facul-
tades de disposición que le corresponden, junto a los
demás socios, sobre el patrimonio social. Ello indepen-
dientemente de la circunstancia de que la renuncia --
tenga lugar a favor de uno de los asociados o de un -
tercero. En este último caso, las diferencias no son -
apreciables; en especial no se produce respecto de la
persona a la que han sido atribuidas facultades dispo-
sitivas una dependencia mayor de la que existe cuando
se confieren a un solo socio estos mismos poderes.(130).

Tratamiento aparte merece el hecho de que a través -- del organismo de terceros asumen funciones gestoras - y representativas personas so sujetas a responsabilidad ilimitada. El tema se proyecta en una doble dirección: existencia de socios ilimitadamente responsa-- bles sin influencia sobre la marcha de la sociedad; - ejercicio de la actividad administrativa por terceros no responsables: Esta problemática pone en juego la - validez del principio de conexión entre poder de di-- rección y responsabilidad patrimonial, que hasta ahora hemos venido remitiendo: Sin entrar en esta materia - es posible formular algunas observaciones generales. En primer término, la existencia de socios que respon-- den sin tener influencia ninguna sobre el curso de la actividad gestora no es en absoluto excepcional. La - ley misma previene el supuesto de socios especialmen-- te encargados de la administración e indirectamente - la exclusión de la gestión de uno ó varios socios ili-- mitadamente responsables.

En cuanto a la figura del tercero administrador con-- viene decir lo siguiente: si las funciones gestoras - y de representación pueden venir reservadas a un solo socio -como parece estar pacíficamente admitido- hay que preguntarse en que medida la adjudicación de es-- tas tareas a terceros supone una modificación "cualita

tiva" del modelo de disciplina legal. La fórmula del derecho positivo sobre un único socio administrador se justifica diciendo que la posición jurídica de los socios no administradores esta en cierto modo "amparada" por el hecho de la existencia como gestor de una persona sujeta a un riesgo ilimitado y movida por intereses paralelos: en el fondo de esta explicación esta la idea de que quienes son propietarios -- ofrecen mayores garantías de una gestión cuidadosa -- que quienes no lo son.

Creo que este punto de vista no debe ser seguido. Anticipando ideas que se recogen más abajo hay que decir que esta concepción tal vez pudiera sostenerse -- en otra época, pero ciertamente no en la nuestra en la que los bienes económicos son administrados en su mayoría por personas que no tienen la condición de -- propietarios (131). El riesgo que asume un socio al renunciar a sus facultades de gestión y representación no aumenta porque estos vengán conferidos a un tercero no sujeto a su vez a un riesgo inmediato. Lo decisivo en estos casos es que entre administrador y administrado median lazos de confianza recíproca y -- que al mismo tiempo existe un mecanismo eficaz de control y de sanción de la actividad del tercero.

La doctrina que niega para la sociedad colectiva la posibilidad de la figura del tercero representante - defiende en definitiva un sistema de "protección forzosa" cuya justificación difícilmente puede encontrarse en la ley. Un sistema que impide a los partícipes confiar el ejercicio de los derechos sociales de que son titulares a personas distintas de las que revisan la cualidad jurídica de socio. Este planteamiento, que desde un punto de vista de lege ferenda parece claro que debe rechazarse, tropieza en la práctica con graves dificultades constructivas. El problema se refiere básicamente a la posibilidad de un régimen de sanciones para el tercero administrador. En la literatura se sostiene la opinión de que no puede extenderse a este el sistema legal, ya que la posición de este último no puede equiparse a la del socio investido de funciones administrativas. En particular no son aplicables al tercero estas sanciones ni puede este tampoco acogerse al derecho de retirar una cantidad de los fondos sociales para gastos particulares, supuesto a que se refiere el art. 139 C. Comercio. El hecho de ser administrador no convierte al tercero en socio. La ratio de esta separación está en definitiva en que el socio no transmite al tercero sus propias facultades administradoras sino que a través de un --

contrato independiente de la escritura social crea un nuevo derecho, que en su extensión y contenido puede coincidir con los que previstos por la ley en favor del socio (132).

Es dudoso en todo caso que las diferencias aquí apun-
tadas tengan carácter decisivo, ya que se trata de -
una disciplina de derecho dispositivo.

2.2.2./3 Organismo de terceros y sociedades de personas

De la exposición anterior puede afirmarse que el prin-
cipio de reserva de la administración a los socios --
constituye un modelo organizativo exento de todo ca--
rácter imperativo. El legislador ha regulado las so--
ciedades de personas partiendo del supuesto de que las
funciones gestoras y de representación son asumidas --
por quienes tienen la cualidad jurídica de socios. To-
da la disciplina jurídica responde a esta idea. Sin -
embargo no hay ningún precepto en que se imponga este
esquema legal como una fórmula de derecho necesario.
Por otra parte tampoco existen razones técnicas, dog-
máticas ó político-jurídicas concluyentes en favor de

esta interpretación.

La apertura hacia la colaboración de terceros no socios en las sociedades de personas se ha producido -- por dos vías. La primera en base al mecanismo de representación voluntaria. En la doctrina existe acuerdo sobre la posibilidad de que un tercero sea apoderado para desempeñar funciones de gestión y representación. Los problemas derivados de la relación representativa se resuelven de acuerdo con los principios generales del apoderamiento mercantil, ya que la actuación del tercero no es orgánica. A este punto nos hemos referido más arriba. Las dificultades se plantean básicamente en torno al supuesto del tercero -- "Organträger". Aquí hay que distinguir entre la posibilidad puramente técnica de adoptar esta figura y -- las cuestiones de régimen que a ella vienen conectadas.

Respecto de lo primero, ya hemos dicho que la doctrina dominante es contraria a la configuración de las sociedades de personas según la regla del organismo de terceros. A este propósito se dice que el poder -- del tercero es siempre derivativo, no orgánico-originario como el del socio (133). A falta de textos legales, se ponen en juego consideraciones de índole -- varia, que no terminan de convencer, sobre el carácter

constitutivo del principio. De la normativa legal solo puede inferirse con seguridad que el organismo de socios no es un elemento esencial de las sociedades de personas sino un rasgo típico, cuya modificación o exclusión no acarrea consecuencias para la calificación jurídica del supuesto. De esto no se deriva sin embargo, que a las sociedades de personas sea aplicable sin más, un esquema del organismo de terceros.

En principio y como hipótesis de trabajo ha de partirse de la inexistencia de obstáculos dogmáticos o técnico-jurídicos, que impidan la incorporación del organismo de terceros a una sociedad colectiva. Esta hipótesis habrá de ser verificada sin embargo en cada caso concreto. En los supuestos en que el contrato previene tal posibilidad deberán examinarse, en primer término, las relaciones entre la sociedad y el órgano, con particular atención al problema de la libre revocabilidad o no del tercero. En segundo lugar esta la cuestión del alcance o contenido de la posición jurídica del tercero portador de la condición de órgano. A este respecto ya hemos señalado que la diferenciación entre gestión y representación no constituye un recurso técnico suficiente para resolver el problema del organismo de terceros. Desde el momento en que la gestión, entendida como formación de la voluntad so-

eial viene conferida al tercero no hay razones serias que justifiquen su exclusión de la representación como sostiene la doctrina dominante. Decisivo es el hecho de quién dirige la empresa, no como esa voluntad interna se exterioriza (134).

En este planteamiento esta implícita la necesidad de un sistema de publicidad destinada a poner en conocimiento de los terceros contratantes la posición asumida por el tercero y el hecho de la exclusión de los socios de la gestión y representación. Esta exigencia podría ser atendida a través de la inscripción en el Registro mercantil. La solución parece justificada - tanto más cuanto una de las tareas elementales de la institución registral es precisamente informar sobre el contenido de los poderes de representación de la sociedad. Los inconvenientes que lleva consigo en este caso cargar el tráfico con la investigación sobre quien es el que está efectivamente legitimado para -- usar de la firma social no serían mayores que en el caso de administración reservada a un solo socio. A este punto ya nos hemos referido en otro lugar.

El tema de la existencia en las sociedades de personas de un organismo de terceros -posibilidad técnica disciplina jurídica aplicable- constituye como puede verse, un problema abierto. No creo que este problema

pueda resolverse en el plano de los principios generales y de una vez por todas. La falta de firmeza dogmática en que se apoya el derecho tradicional de sociedades de personas y la necesidad de una radical revisión de este sector jurídico hace que la cuestión deba abordarse caso por caso y resolverse de acuerdo -- con los intereses en juego y con el sistema de protección de los mismos previsto contractualmente. A esta cuestión volveremos a referirnos más abajo.

Dos consideraciones resultan a este propósito necesarias. En primer lugar hay que ver si la fórmula del organismo de terceros presenta las mismas características en la sociedad colectiva y comanditaria. La segunda cuestión se refiere a la utilidad práctica de la introducción de este esquema organizativo en las sociedades de personas.

Las diferentes características estructurales entre sociedad colectiva y comanditaria juegan un papel importante en el problema que ahora nos ocupa. En la sociedad colectiva el organismo de terceros no plantea, en principio, especiales problemas. La identidad de esta figura se construye, como hemos dicho, sobre la nota genérica de sociedad a los que se añaden la mercantilidad del fin social y la publicación de la sociedad mediante un nombre colectivo. El carácter de la co--

lectiva como sociedad general deriva precisamente de su configuración a través de elementos conceptuales mínimos; la identificación se lleva a cabo independientemente de la estructura organizativa.

Si se examina la normativa legal puede observarse que el esquema organizativo que en ella se recoge no obedece, en puridad, a una necesidad lógica ó estructural del ente sino a la necesidad de "el funcionamiento de la sociedad y la gestión de la empresa social" (135). Más que de un supuesto contractual, habría que hablar de un esquema de disciplina que la ley conecta al ejercicio de una actividad societaria mercantil. - Lo que ordinariamente se denomina "voluntad electiva del tipo social" no consiste en este caso en la previsión de un determinado contenido contractual, sino en el hecho de operar en el tráfico societario-mercantil, sin haberse adoptado eficazmente algunos de los esquemas organizativos que ofrece la ley. Sin ó contra la voluntad de las partes una fórmula de actuación colectiva podría ser calificada de mercantil (136), cuando se den sus elementos conceptuales mínimos.

En la sociedad comanditaria no existe, como en la colectiva, una estructura organizativa "neutra". En el plano negocial se dan ya "rasgos de identidad" precisos. De ahí los particulares vengan obligados, junto

a la observancia de los requisitos conceptuales generales -ya vista para la colectiva- a la adopción de elementos estructurales necesarios para la identificación de la figura. Estos elementos se encuentran básicamente en el régimen de la administración social -exclusión de los comanditarios de la representación, -- que viene confiada exclusivamente a los socios colectivos (137)- y en la limitación de la participación - en las pérdidas en favor de algunos socios.

La disciplina legal parte pues de dos categorías contrapuestas de socios, a los que corresponde dos regímenes diferentes de colaboración en la gestión, asunción del riesgo y responsabilidad. En este marco, el socio colectivo tiene siempre el carácter de administrador nato, lo cual da al mecanismo de la administración social un carácter marcadamente personalista: solo aquellos socios que participan ilimitadamente en -- los resultados pueden desempeñar la actividad gestora, en sentido amplio. El alcance de las cláusulas estatutarias relativa a la gestión (representación) se limita bien a confirmar el sistema legal de designación, que es el mismo de la sociedad colectiva -si nada se dice en el contrato, todos los socios son administradores (art. 128, 129 C. Comercio)- bien a prever un -- órgano de gestión, única ó plural, nombrándose por acto separado las personas que hayan de desempeñar el -- cargo ó cargos. Tanto en uno como en otro caso existe

una reserva de administración en favor de determina--
 das personas; esta fisonomía "personalista" es lo que
 hace incompatible con la sociedad comanditaria, la re
gla del organismo de terceros (138) en los términos -
 antes señalados. Aquí vuelve a tener sentido la distin
ción entre fórmulas organizatorias de la gestión "por
 personas" y "por órganos", éste último en el sentido -
 que ya hemos expuesto. Lo que caracteriza a la comandi-
 taria es justamente que, en mayor o menor intensidad,
 la administración se lleve a cabo siempre "por perso--
 nas": reserva de la misma a solo algún socio -los co--
 lectivos- y cuya identidad y cualidad es elemento esen
cial del contenido del contrato. Ello le distingue de
 la colectiva en la que este esquema organizativo es --
 "tipologicamente inesencial" (139).

El reparto de los socios, en estas dos categorías de -
 poder y de riesgo y el carácter personalista atribuido
 al órgano administrativo deja abierta, por un lado, la
 cuestión del ejercicio de la gestión y representación
 por terceros en calidad de factores o apoderados; por
 otro lado la posibilidad de atribuir a no socios las -
 facultades que corresponden a los socios comanditarios.
 El primero de estos temas ha sido resuelto de forma di
versa en los ordenamientos que aquí se examinan. Mien
tras que en derecho italiano y alemán cabe que las co-

lectivas sean representadas por terceros, e incluso - por los propios socios comanditarios (140), en los derechos francés y español esta prohibido a estas últimas hacer acto alguno de administración "ni aún en calidad de apoderado de los socios gestores" (141). Desde el punto de vista del organismo de terceros, que es el tema que aquí interesa, el segundo supuesto, -- ofrece mayor interés.

En la práctica es frecuente que los derechos que la ley otorga al socio comanditario -derecho de inspección e información, de oposición, de autorización de determinados negocios- no sean ejercitados personalmente por aquél sino por un órgano creado expresamente con este fin (142). En este caso puede suceder que frente a los socios colectivos actúe, como titular de este órgano, un tercero, el cual está legitimado por un órgano, que si bien no es destinatario directo del resultado de la actividad del tercero posee la autorización de los socios, que son a quien afecta en definitiva, la actuación de aquel. Por esta vía y siempre que se den los presupuestos que separan conceptualmente la figura del organismo de terceros de los supuestos de representación voluntaria -que se cifran - básicamente en el grado de autonomía con que viene configurada la posición jurídica del tercero, cabría admi

tir la posibilidad de esta construcción en la sociedad comanditaria (143).

La segunda cuestión es si la introducción de un organismo de terceros en las sociedades de personas responde a necesidades organizativas concretas. El problema de la legitimidad de la *Drittenorganschaft* se ha abordado por consideraciones prácticas más que dogmáticas. Ante la falta de textos legales y la dificultad de conciliar concepciones contrapuestas, la doctrina más reciente ha orientado el tema de una forma pragmática: ver en que medida quedan cubiertos los intereses de los socios y de los terceros con la fórmula de la *Drittenorganschaft*. Si esta cubre una función económica importante, será cuestión de ver, en el ámbito de la jurisprudencia cautelar, como puede realizarse el tránsito de un modelo estructural a otro, mediante normas que superen las divergencias actuales. Desde el punto de vista de los socios, se justifica diciendo que con ella, al mismo tiempo que se atienden las exigencias de solidez del crédito, derivada de la adición de responsabilidad personal, se ofrece a los socios desinteresados de una participación activa en la empresa, la posibilidad de estar alejados de la administración; la combinatoria de estos dos elementos no sería realizable en una anónima o en una sociedad de

responsabilidad limitada. Por otra parte, esta misma necesidad existe en los casos en que los herederos - del único socio colectivo de una sociedad en comandi- ta resuelven retirarse a la posición de socios limi- tadamente responsables ó en el supuesto de la llamada "Doppelgesellschaft" al que nos hemos referido ya en otro lugar (144). Desde el ángulo del tercero-admi- nistrador, es claro que para este la fórmula tiene - gran interés, ya que con ella puede acceder a una po- sición orgánica y queda sujeto a la disciplina de re- vocación que la ley previene para el socio-gestor -- con nombramiento en el contrato. Piensese por ejemplo, en una sociedad colectiva en dificultades económicas graves. Su acreedor principal, un Banco, se manifies- ta dispuesto a prorrogar los vencimientos de los cré- ditos; la condición es que, a falta de garantías ade- cuadas, la sociedad puede ser administrada, durante ese periodo, por una persona de su confianza, quedand- o los socios excluidos de la gestión y representa- ción. Un caso todavía más claro sería aquél en que, - para liberarse de la carga tributaria sobre transmi- siones hereditarias, el propietario de una empresa - individual aporta esta última a una comanditaria -- construida a tal efecto por sus hijos, reservándose la facultad exclusiva e irrevocable de administrar -

sin asumir simultaneamente la cualidad de socio (145). Desde esta posición, el tercero ve mejor atendidos -- sus intereses que en el caso de actuar como simple -- apoderado ó factor.

La cuestión de que los intereses de los socios no puedan ser satisfechos adecuadamente a través del mecanismo del apoderamiento mercantil y que sea necesario por tanto recurrir al organismo de terceros, en los términos expuestos, ha sido objeto de crítica. Aquí vuelven a plantearse los argumentos tradicionales de carácter político-jurídico y en particular las exigencias de -- seguridad y transparencia del tráfico. La configuración del tercero como mandatario y el carácter necesariamente revocable de este nombramiento pueden ser objeto de la autonomía contractual. Tanto el interés de los socios --que no pueden quedar vinculados por negocios cuyo alcance y significación no estan en grado de conocer-- como el interés del tráfico --que parte de que la sociedad opera en interés propio y bajo su responsabilidad-- no dejan espacio para una fórmula de este tipo (146).

Es dudoso sin embargo que la hipótesis del organismo -- de terceros pueda rechazarse con los argumentos anteriores. En el orden dogmático, al menos en nuestro derecho, no hay dificultad en admitir la figura del man-

dato irrevocable (147) cuando, junto a otras razones, entre mandante y mandatario se de una actuación de -- equivalencia de interés (mandato en interés del mandatario, por ejemplo) (148). En este sentido tal vez -- fuera conveniente distinguir entre terceros con un interés dominante en la sociedad y terceros sin interés ninguno ó con un interés limitado y reservar a estos últimos las objeciones que estan siendo expresadas -- contra el organismo de terceros en las sociedades de personas (149).

Desde el punto de vista político-jurídico no parece -- que por razones de seguridad de tráfico el organismo de terceros deba ser excluido. Al contrario: las consecuencias conectadas a la desaparición del único socio colectivo de una comanditaria-transformación en -- otra forma social adaptada a la situación de hecho -- creado (150), liquidación--sin una previsión adecuada daría lugar a consecuencias más graves que la inter--vención de un tercero, que hace de su dedicación a la empresa su principal ocupación profesional y figura -- inscrito en el Registro como administrador de la so--ciedad.

Finalmente hay que tener en cuenta que, si se niega -- toda función económica al organismo de terceros, en -- el sector de las sociedades personalistas, y por esta

vía se excluye su aplicabilidad (151) siempre cabría la solución contraria a través de la participación - de una sociedad de responsabilidad limitada como socio personal e ilimitadamente responsable, facultando por tanto para desempeñar las funciones de gestión y representación (152). En definitiva no parece que la colaboración de un tercero como administrador, --- plantease mayores problemas que el ingreso de un tercero como socio sin cuota de capital el cual puede ser excluido de la sociedad por acuerdo de la mayoría de socios (153).

La solución de este temario requiere en mi opinión el orientarse hacia criterios valorativos que determinan caso por caso que intereses deben ser protegidos, sin dejarse influir por las construcciones dogmáticas tradicionales, cuyo fundamento -como acaba de verse- no descansa sobre ningún dogma. Sobre el contenido de esta concepción metodológica volveremos más adelante.

2.2.3. Relevancia del elemento personalista en la transmisión de la condición de socio

^LSobre el estado de la cuestión en materia de transmi

sión de la condición de socio vamos a limitarnos a ha-
 cer sólo unas consideraciones generales que permitan
 ver el significado del intuitu en esta materia. El --
principio general es que la posibilidad jurídica de -
 la transmisión de las partes de socio esta subordina-
 da al consentimiento de los demás socios. Esta regla
 contraria a la libre transmisibilidad se encuentra for-
 mulada con técnicas diversas en derecho comparado. En
derecho francés la Ley de reforma de 1.966 ha regulado
 esta materia con especial rigor: las partes sociales -
 solo pueden ser cedidas con el consentimiento de todos
 los asociados; toda cláusula contraria se entiende por
 no puesta (art. 19). En nuestro ordenamiento el requi-
 sito de la unanimidad no se exige respecto del supues-
 to de transmisión de la condición de socio sino solo -
 en caso de la asociación de un tercero en la parte de -
 socio, supuesto regulado en el art. 1.696 C. Civil. El
 art. 143 C. Comercio se limita a prohibir al socio --
 "transmitir a otra persona el interés que tenga en la
 compañía", sin referirse para nada al consentimiento -
 de los demás socios. No puede decirse en derecho espa-
 ñol si el consentimiento habría de ser unánime ó si bas-
 ta con un consentimiento mayoritaria. Tampoco si caben
 otras modalidades contractuales de transmisión, como -
 porejemplo la cláusula por virtud de la cual se conce-

de a los socios, con carácter general, la posibilidad de transmitir libremente sus partes sociales (consentimiento estatutario abierto). En derecho italiano, lo mismo que en el alemán, no existe ningún precepto legal que se ocupe expresamente del supuesto de transmisión inter vivos de las cuotas sociales (154). La materia de cambios de socios se examina en el marco general de la disciplina sobre modificabilidad del contrato social y en particular dentro del temario de disolución de la sociedad por muerte del socio (155). - La tesis dominante es que a falta de previsión en el contrato la transmisión requiere del consentimiento - unánime de todos los socios (156). De lo que acaba de indicarse se desprende que; con mayor o menor rigor, las legislaciones europeas se orientan en un sentido restrictivo, contrario a la transmisibilidad de la -- condición de socio.

El fundamento de esta construcción está, por un lado, en consideraciones dogmáticas. No se trata de que las partes sociales sean por su naturaleza intransmisibles; lo que pasa es que en su cesión al tercero, que entra en la posición jurídica que en la sociedad tuvierá el transmitente, constituye un supuesto de modificación del contrato social. Una novación subjetiva que requiere del consentimiento unánime de los socios.

Aunque conceptual y técnicamente no se califique este supuesto como un nuevo contrato entre los socios que permanecen en la sociedad y el que entra, la transmisión ímplica de hecho este fenómeno. La doctrina general del sector de obligaciones y contratos hace que toda esta materia deba someterse a los principios generales que regulan el tema de la modificación del -- contrato.

El argumento más generalizado es, sin embargo, el que las sociedades colectivas y las comanditarias están -- construidas "intuitu personae", tanto en las relaciones internas como en las externas. La preponderancia que en estas figuras tienen las cualidades personales de los socios y el hecho de que la protección de los terceros se actúe a través del acceso al patrimonio -- de aquellos hace que los cambios de socios deban quedar sujetos a la aprobación de todos los intervinientes (157). El intuitu reviste en este sentido el carácter de elemento distintivo de la estructura jurídica contractual típica; entre esta y el principio de -- intransmisibilidad existe una correlación que se mantiene en tanto subsisten los caracteres de tipo societario (158).

El principio general de intransmisibilidad, como ex--presión del intuitu, no tiene carácter absoluto. Una

Primera corrección se encuentra ya en la ley cuando ésta permite la alteración de las posiciones jurídicas de socio -supuestos de sucesión mortis causa (arts 1704 C. Civil y 222, 1º C. Comercio), rescisión parcial (arts. 218 ss. C. Comercio) y separación (art. 225 C. Comercio)- sin que tenga lugar la disolución de la sociedad. La "ratio" de estas disposiciones -asegurar la conservación de la empresa- supone una rectificación de la jerarquización legal de intereses, dando prioridad a la subsistencia de la unidad productiva sobre la pureza tipológica de la figura.

La introducción de excepciones a esta disciplina legal, que conecta a la existencia de los tipos sociales las vicisitudes personales de los socios, pone en primer término la cuestión de la transmisión sin que medie el consentimiento unánime de los socios. Unido a ella se plantea la posibilidad de una cláusula de libre transmisión de la condición de socio. La cuestión consiste en ver si los socios pueden acordar que cualquiera de ellos este legitimado para transmitir a un tercero -determinable ó totalmente indeterminado- su parte de socio sin autorización previa de los demás socios. A este respecto puede prescindirse de si el consentimiento de que habla la ley ha de ser unánime mayoritario ó limitado a la venia de un solo socio --

(159). La importancia de este tema deriva del hecho de que en caso de demostrarse que el modelo legislativo basado en el intuitu, constituye una fórmula renunciable que caracteriza el tipo legal pero que resulta irrelevante para la determinación conceptual (esencial) de la forma social, podrán constituirse sociedades colectivas en las que el esquema organizativo interno esté inspirado en el intuitu pecunias, sin que esto desnaturalice el núcleo esencial de las mismas.

Este tema, en cuyos detalles no vamos a entrar (160), plantea en primer término la cuestión de si la exigencia del consentimiento a que se refiere el art. 143 C. Comercio tiene ó no carácter necesario. En la doctrina se ha sostenido la solución afirmativa por dos caminos: calificando la autorización de la transmisión por los socios como una consecuencia del carácter esencial que el intuitu tiene en estas sociedades; insertando esta disposición en un cuadro normativo cuyos principios generales parten de la necesidad del consentimiento. La primera de estas orientaciones descansa sobre un planteamiento metodológico que ya hemos criticado en anteriores ocasiones: se parte del carácter constitucional del intuitu para determinar la naturaleza dispositiva ó no de las disposiciones legales cuando de lo que aquí se trata, es precisamente -

de saber si el intuitu constituye un elemento de carácter tipológico ó conceptual. Nosotros vamos a limitarnos de momento a la segunda orientación.

En principio es claro que en la regulación legal el intuitu se conecta a la configuración tipológica de la sociedad colectiva y de la comanditaria. Que constituya además un elemento esencial de la forma social. Parece que debiera rechazarse tanto por razones jurídico-positivas como de política jurídica. Lo primero porque la interpretación de los textos legales en favor del carácter esencial del principio contrario a la libre transmisibilidad no resulta satisfactoria. En derecho español esta interpretación se ha justificado en base al art. 143 C. Comercio. Este precepto legal se limita a formular un principio que constituye la "ratio" de otras disposiciones legales, como por ejemplo el art. 222 C. Comercio. En este último artículo se permite la transmisión de la cualidad de socio sólo cuando en la escritura social se contenga el pacto expreso de continuación de la sociedad con los herederos; en caso contrario la sociedad se disuelve ó, en su caso, continua entre los socios sobrevivientes. El hecho de que la ley consienta la transmisión sólo en el supuesto de sucesión mortis causa y cuando se den los requisitos expuestos, excluye implícitamente

te -según se dice- toda transmisión inter vivos que no cuente con el consentimiento de los otros socios - (161).

No creo que la conclusión sea correcta. En primer lugar resulta problemático que a través de una argumentación "a sensu contrario" pueda justificarse una interpretación tan rigurosa como la del carácter dispositivo ó necesario de una norma legal; en segundo lugar -y esto es sin duda lo más importante- no parece que de la norma del art. 222 C. Comercio puedan extraerse argumentos válidos para afirmar el principio del intuitu. La ratio de este precepto se limita a la exigencia de no exponer al heredero a la responsabilidad ilimitada por las obligaciones sociales anteriores y posteriores a la muerte del socio. De ahí la imposibilidad de trasladar al supuesto de transmisión inter vivos un planteamiento -el de la aceptación de la herencia y la manifestación de la voluntad de ser socio- que no casa con las características de aquél - (162).

Por otro lado nada impide que los socios acuerden en el contrato fundacional facultar a cada socio a transmitir libremente su participación social. El carácter dispositivo de la disciplina legal permite claramente esta solución, siempre que el socio transmitente, en

base al deber de fidelidad a que se halla sujeto, cui de del interés social. En la doctrina los problemas se centran en el tema de la responsabilidad de transmiten te y adquiriente por las deudas existentes en el momen to de la transmisión, sin ocuparse de las consecuen-- cias que la sucesión a título derivativo de la condi-- ción de socio tiene en este caso para el intuitu. La -- más importante es sin duda que cuando exista una cláu-- sula de esta naturaleza decae la regla general de co-- rrelación entre estructura jurídica del tipo y princi-- pio general de intransmisibilidad. Lo que no parece po-- sible dentro de la actual normativa legal, es una cláu-- sula de libre cedibilidad sin el consentimiento unáni-- me ó mayoritario de los socios, en los casos en que -- falte en el contrato una cláusula que legitime, de for ma general, la transmisión (163).

bb) Responsabilidad por las deudas sociales

1.1. El régimen de responsabilidad patrimonial como elemento definidor de las sociedades mercantiles

La forma de responsabilidad de la sociedad por las --
deudas sociales constituye la nota más importante en
orden a la caracterización conceptual de las figuras
mercantiles. Este tema, que historicamente había mere-
cido escasa atención por parte de la doctrina, ha co-
brado especial significación a medida que se consoli-
daba el actual sistema de economía dineraria y credi-
ticia. La transcendencia en la utilización del crédi-
to hace necesario el fortalecimiento de la seguridad
del tráfico que aquí se traduce básicamente en el re-
forzamiento de las relaciones sociales externas. Por
encima del problema de la razón social como elemento
caracterizador de la sociedad colectiva y de la coman-
ditaria -que es el que historicamente preocupa en el
momento de la codificación- destaca la cuestión de la
responsabilidad que asumen los socios frente a los --
acreedores. Este hecho se convierte en el elemento de
diferenciación más importante entre las distintas for-
mas mercantiles de sociedad y aparece recogido por el
legislador dentro del concepto jurídico-positivo de -
cada una de ellas. Las particularidades que reviste el
tratamiento técnico del problema hace convenientes al-
gunas consideraciones de derecho comparado.

En derecho italiano la significación de la responsa-
bilidad de la sociedad y de los socios por las deudas

sociales como elemento individualizador aparece recogida ya en el derogado Código de Comercio de 1.882. El art. 76 se limitaba a enunciar el catálogo de sociedades mercantiles, distinguiéndolas en función -- del distinto régimen de responsabilidad. Esta cons-- trucción legislativa fué elevada más tarde por la -- doctrina a un planteamiento autónomo; en ella se apoya la tesis de La Lumia y Rocchi, antes examinada, -- de que la causa del contrato de sociedad se reconoce según la responsabilidad asumida por los socios. La orientación legislativa italiana sigue en este punto a la doctrina alemana de finales de siglo pasado en la que se había consolidado la idea de que las diferentes clases de sociedades mercantiles no eran formas de sociedad sino "formas de responsabilidad", -- desprovistas de toda dimensión funcional. Esta con-- cepción había llegado a sostener la existencia de sociedades colectivas y comanditarias, en el sentido -- del Código de comercio, "aunque entre los partícipes falte totalmente una relación de carácter societario" (164). La influencia de este pensamiento en la literatura jurídica europea ha sido notable. En derecho español, la doctrina es unánime en el sentido de destacar el elemento de la responsabilidad como criterio propiamente jurídico para la distinción entre las --

distintas formas de sociedad reprochándose al legislador de 1.885 el haber omitido la inclusión de esta nota entre los elementos definidores recogidos en el art. 122. C. Comercio (165).

La configuración del régimen de responsabilidad como elemento definidor de las sociedades mercantiles y de forma especial de las sociedades de personas obliga a algunas puntualizaciones. En primer lugar es -- claro que si se acude al régimen legal de responsabilidad frente a terceros se hace uso de un elemento -- dotado de función diferenciadora. En este sentido es correcta la dirección doctrinal que clasifica las necesidades mercantiles sirviéndose precisamente de la nota de la responsabilidad. Lo que no es tan seguro es que, a pesar de esta aptitud ordenadora, el régimen de responsabilidad constituya en cuanto a tal un instrumento de identificación de las distintas formas sociales. Dicho con otras palabras, es dudoso -- que del carácter esencial que tiene para cada sociedad la disciplina de la responsabilidad pueda derivarse sin más su naturaleza de elemento definitorio y menos aún de rasgo individualizador.

Para una exacta comprensión de este problema hay que comenzar por distinguir entre supuesto de hecho societario (estructura jurídico-societaria) y conse---

cuencias conectadas al mismo. La primera cuestión se resuelve en términos de esquemas de regulación de la colaboración de los socios en la actividad común. Lo que individualiza y distingue unos fenómenos societarios de otros es "prima facie" el momento organizativo de la relación, su estructura interna. En este -- sentido ofrece especial interés --y debe considerarse sustancialmente correcta-- la formulación del art. 122

C. Comercio español cuando al referirse a las distintas formas de sociedad destaca como peculiar de cada una de ellas, su configuración estructural: participación de todos los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, de los mismos derechos y obligaciones en la proporción que se establezca (sociedad colectiva); aportación por unos socios al fondo común a cambio de una participación en los resultados de las operaciones dirigidas exclusivamente por otros socios (sociedad comanditaria). En términos semejantes también la anónima, en cuyo examen no podemos -- detenernos. Lo que aquí interesa destacar es que la caracterización legal de estas sociedades se lleva -- a cabo sin contar con el régimen de la responsabilidad, en base a principios estrictamente organizativos. La responsabilidad no constituye en puridad un elemento configurador del supuesto de hecho socie-

rio sino una consecuencia de la naturaleza colectiva de esta actividad. De acuerdo con las características organizativas del fenómeno societario será aplicable un régimen legal de responsabilidad u otro. De ahí - deriva a su vez que el elemento de la responsabilidad no constituye por si mismo un instrumento de identificación de las sociedades mercantiles.

Este planteamiento, que ha encontrado eco en sólo un sector de la doctrina italiana (166), tropieza con dos tipos de problemas. En primer lugar la concepción, largamente aceptada, de que entre estructura societaria y régimen de responsabilidad existe una vinculación tal que esta última ha de considerarse de hecho un elemento de aquella. Los tipos mercantiles de sociedad se caracterizan, en opinión de Ferrri, (167), por constituir diferentes posiciones de equilibrio entre responsabilidad y estructura organizativa. Esto explica que incluso aquellos autores -- que han sostenido la conveniencia de identificar las formas de sociedad como esquemas de organización acudan a elementos ajenos a esta a la hora de definir estas figuras. En especial al régimen de responsabilidad (personal, ilimitada, etc.) en las sociedades de personas ó, como sucede en la sociedad anónima, -- al hecho de la incorporación de las participaciones

Sociales a títulos negociables, elemento este, que en si mismo carece de toda capacidad de identificación. Esta orientación debe ser rechazada. El régimen de responsabilidad es un "posterius" un elemento que se incorpora a figuras cuyos rasgos individualizadores existen ya en su configuración organizativa. El problema es según esto determinar cuales son estos rasgos de identidad de las formas societarias.

Conectado al anterior se plantea la dificultad -señalada por algunos autores- de que no todos los elementos organizativos son aptos para esta función de identificación. La organización, entendida tanto como regulación negocial de la programación de las operaciones sociales cuanto como normativa de los poderes sociales- hace referencia a una sotiación jurídica de naturaleza instrumental, funcionalmente neutra. No basta por si mismo para explicar por que se actua juridicamente (168). La identidad de las formas societarias esta en la organización sólo en la medida en que los elementos caracterizadores del spuesto de hecho societario se identifiquen con elementos de su estructura organizativa.

Creo que la esencialidad del régimen de la responsabilidad y su eventual inclusión entre los elementos definitorios de la sociedad colectiva y de la comandita

ria no debe llevar a considerarle un instrumento genuino de identificación de estas figuras. En otras palabras: la identidad de la sociedad no depende *prima facie* del régimen de responsabilidad. Esta afirmación choca contra una opinión ampliamente difundida que -- sostiene el carácter definitorio é identificador de la responsabilidad en base a la inmodificabilidad por los socios del estatuto legal de la misma. El hecho es así pero la interpretación (+). La ratio de la falta de validez de los pactos modificativos del régimen de responsabilidad patrimonial no estriba en la naturaleza conceptual de este elemento sino en la voluntad expresa del legislador de situar esta disciplina fuera del marco de las operaciones negociales de los socios. Para darse cuenta del significado de la normativa legal en este punto hay que referirse brevemente al planteamiento doctrinal del problema, tal como vino formulado originariamente en la doctrina italiana. Como se recordará de lo expuesto más arriba, La Lumia y Rocchi, al ocuparse de las sociedades atípicas, sostenían la posibilidad de que los socios modificaran el régimen legal de responsabilidad con efectos inmediatos frente a terceros. El fundamento de esta concepción descansa en la idea de que las declaraciones societarias son manifestaciones de voluntad dirigidas

a la generalidad de los terceros y que su alcance vinculante frente a estos viene delimitado por el contenido con que tales declaraciones se encuentran formuladas. Junto al acuerdo de voluntades que constituye el núcleo esencial del contrario de sociedad existe, -- según estos autores, una declaración unilateral de voluntad dirigida a los terceros mediante la cual se determinan las obligaciones que los socios entienden -- asumir. Este acto unilateral constituye al mismo tiempo el título de la responsabilidad frente a los terceros. Desde un punto de vista ordenador podría calificarse de promesas al público dentro de la categoría de promesas "ad incertam personam".

La doctrina que acabamos de exponer había sido formulada ya en la literatura anterior (169); ahora presenta la particularidad una vez admitido el carácter negocial del régimen de responsabilidad, de -- la transcendencia de estas modificaciones convencionales para la tipicidad de la sociedad. Se trata de -- un problema que plantea, en este sector, la cuestión de la validez de los pactos de limitación de responsabilidad entre acreedor y deudor. A este respecto cabría establecer, por vía de síntesis, las siguientes directrices: en principio no existen dudas sobre la --

validez de un pacto mediante el cual acreedor y deudor convienen sustraer determinados bienes del patrimonio de este último al cumplimiento de la obligación contraída (170). En ordenamientos como el italiano, - en que la previsión de limitación de la responsabilidad esta reservada exclusivamente al legislador (art. 2740 II C. Civile), un pacto de esta naturaleza si no es declarado nulo puede tener una relevancia estricta mente personal (171). Pero aunque no existiera precepto legal alguno, habría que sostener hoy igualmente - la falta de relevancia de estos acuerdos en virtud -- del principio general -no expresamente formulado en la ley- según el cual los particulares no pueden - dictar normas sobre el alcance de sus compromisos con terceros ya que ello significaría sustituir al legislador en su papel de regulador de la producción de -- efectos jurídicos dentro de la comunidad social. El - régimen de responsabilidad conectado a una determinada actividad solo tiene lugar dentro de los límites - y con las garantías previstas en la ley. Hay que decir por tanto que la responsabilidad de los socios -- por las deudas sociales no puede configurarse más que por la ley, quedando por tanto excluida del area de - autonomía negocial de los particulares.

Esta toma de posición genérica sobre los fundamentos

De la doctrina que ahora se examina permite afirmar con cierta seguridad, que la disciplina de la responsabilidad frente a terceros no constituye un régimen negocial sino legal. Tanto desde el punto de vista - dogmático como político-jurídico resulta impensable introducir modificaciones de los regimenes de responsabilidad previstos en la ley que tiendan por ejemplo a límitar ó excluir la responsabilidad de los socios ilimitadamente responsables por todas ó algunas de las operaciones sociales. Lo mismo cabe decir de la ampliación de esta responsabilidad, convirtiendo por ejemplo al accionista, respecto del valor de la aportación, en socio con responsabilidad ilimitada (172). No caben pues ninguna clase de pactos ó convenciones que incidan sobre la identidad del régimen legal de la responsabilidad. Otra cosa serán los acuerdos por cuya virtud los socios se obligan a garantizar con fianza ú otros medios las obligaciones sociales ó a asumir personalmente deudas de la sociedad (173).

La conclusión a la que se llega después de estas consideraciones es que entre responsabilidad legal y régimen negocial existe una clara separación. Ello resulta todavía del hecho de que la operatividad de -- acuerdos modificativos de la responsabilidad responde básicamente del mecanismo de la publicidad. De to

do ello puede decirse que no es correcto sostener el carácter individualizador de la responsabilidad por razón sólo de que las partes no pueden alterar el estatuto legal. La explicación de este hecho es, como acabamos de indicar, otra. Decir que la responsabilidad frente a terceros es un elemento definidor de la sociedad es una afirmación que en cualquier caso necesita ser matizada ya que, como acaba de exponerse no constituye un elemento identificador típico, por más que se trata de una disciplina de derecho necesario.

En conclusión hay que decir que si el problema que aquí se plantea, a efectos de la identificación de las figuras societarias, consiste en fijar un contenido mínimo que permita saber cuando un modelo de operación societaria encaja dentro de los esquemas legales, la nota de responsabilidad patrimonial carece en este sentido de relevancia. Desde un punto de vista metodológico es incorrecto suponer que en las definiciones legales se encuentran estos módulos de selección. En las definiciones legales pueden encontrarse elementos de derecho necesario desprovistos de contenido identificador. La responsabilidad patrimonial es uno de estos datos normativos, en otros ordenamientos distintos del nuestro.

Al interprete se le plantea, como primera cuestión, seleccionar cual de entre las normas legales tiene carácter esencial, en orden a la definición de la forma social, y no puramente descriptivo del tipo. A este respecto conviene repetir una vez más que -- la existencia de reglas de derecho necesario no dicen nada por si solas para resolver el problema de identificación que estamos examinando. La naturaleza imperativa de una norma lleva consigo su inderogabilidad; esta última no presupone sin embargo alcance identificador. El tema de la delimitación conceptual de las formas societarias ha de resolverse con elementos jurídico-organizativos tal como hemos indicado anteriormente.

2.2. La pretendida esencialidad del binomio
poder de dirección - responsabilidad
ilimitada

2.2.1. El estado de la cuestión en la
doctrina dominante

2.2.1./1. Planteamiento del --
problema

La cuestión de la responsabilidad patrimonial ilimitada de quién, con ocasión de ejercitar una actividad económica, asume funciones decisorias constituye una de las materias más debatidas del Derecho de sociedades. Este temario, conocido dentro y fuera de la literatura alemana bajo la fórmula "Herrschaft-Haftung", ha sido básicamente objeto de atención dentro del derecho de sociedades de personas. Aquí los problemas se han centrado sobre todo en el supuesto del comanditario con facultades gestoras y este planteamiento se ha hecho extensivo *mutatis mutandis* al fenómeno de -- las cuentas en participación atípicas, en las que en el ámbito de las relaciones internas de carácter jurídico-administrativo, el gestor se encuentra sometido al partícipe. En tiempos más recientes la doctrina ha vuelto a ocuparse de este tema a propósito de la sociedad de responsabilidad limitada insuficientemente capitalizada y especialmente dentro de los problemas de licitud y régimen jurídico de la GmbH Co. KG (174).

El problema de la validez del principio Herrschaft-Haftung se presenta estrechamente ligado al principio de autoorganismo de las sociedades personalistas. La posibilidad, introducida en la práctica contractual, de que no sea el socio personalmente responsable sino un tercero, por ejemplo un ejecutor testamentario, el

que toma las decisiones fundamentales y a través del ejercicio de los derechos que la ley confiere al socio determina el destino de la empresa social, ha -- suscitado la cuestión de en que medida el que responde de limitadamente ó el que, como el tercero, no res-- ponde en absoluto, puede ejercitar un poder de dirección sobre los socios ilimitadamente responsables. - Por otra parte, y en base a la concepción general de que quien goza de un poder debe responsabilizarse de las consecuencias derivadas de su ejercicio, se sostiene que en derecho de sociedades, la responsabilidad limitada, tanto si es consecuencia de la existencia de una persona jurídica como si deriva de un acto de publicidad material ó de hecho, presupone un - mecanismo regulador que funciona no sólo en interés de la colectividad -la garantía de un objeto patrimonial que puede ser aprehendido- sino en el interés - de los demás socios, que cuentan con una influencia limitada de aquél sobre el destino de la empresa. La separación entre poder de dirección y responsabili-- dad esta reservada por la ley únicamente a las sociedades de capitales para las cuales se ha previsto ya un sistema de cautelas especiales y un régimen de responsabilidad de otra naturaleza. Fuera de estos su-- puestos, la conexión entre poder de dirección y res-

ponsabilidad personal de carácter patrimonial constituye por si misma un mecanismo de control que hace su perfluo otro tipo de medidas, tales como la revocación ó la responsabilidad patrimonial. La regla general es pues la responsabilidad ilimitada (Haftung) de aquél en cuya persona se encuentran reunidos el poder económico (propiedad de la empresa) y la responsabilidad - (Verantwortung) conectada a la dirección de esta (175).

El contenido de la fórmula "poder de dirección-responsabilidad patrimonial" se proyecta sobre dos planos - diversos: en primer lugar se pide que el destino de la empresa no pase a manos de quienes no soporten una responsabilidad patrimonial ilimitada ("keine Herrschaft ohne Haftung") (176); en segundo término se prohíbe que quede excluido de la actividad gestora el socio que con su propio patrimonio responde del resultado de las operaciones sociales ("keine Haftung ohne Herrschaft") (177). A través de esta doble función -- (178) se expresa el significado de la responsabilidad patrimonial como instrumento corrector del poder, destinado a crear la conciencia de responsabilidad necesaria para la realización de intereses comunes. Con ello se sirve en primera línea a la protección de los socios que son a quienes el ejercicio del poder social afecta más directamente; inmediatamente se tra-

duce en la protección del tráfico jurídico.

El problema de fondo de todo este temario, desde el punto de vista de la caracterización de las sociedades de personas, es si este binomio Herrschaft-Haftung constituye un elemento del tipo legal ó si se trata, por el contrario, de un rasgo esencial de la figura, del que no puede prescindirse sin desnaturalizar su estructura básica (179). Aquí entra en juego la cuestión de si el principio general de libertad de distribución de las competencias sociales debe ó no ser interpretado restrictivamente y, en el caso de la comanditaria, si el poder de decisión puesto exclusivamente en manos del socio limitadamente responsable ha de considerarse una sumisión ilícita del socio colectivo toda vez que el comanditario no asume por otra vía el riesgo de una actuación desacertada.

La materia tiene como puede verse, una gran importancia no solo por los temas que se ven afectados -supuesto, clásico, de dominio de la sociedad por el socio limitadamente responsable (comanditario, participante), sociedades de responsabilidad limitada con un capital social inadecuado al fin, posibilidad técnica de un organismo de terceros (180)- sino sobre todo porque en la problemática sobre el privilegio de la responsabilidad limitada esta en juego básicamen

te la posibilidad de "relativizar" el fenómeno mismo de la responsabilidad limitada en derecho de sociedades: por un lado el problema se desplaza entonces -- desde la fórmula del Herrschaft-Haftung a la de adecuación entre capital invertido y riesgo empresarial (181); por otro plantea el problema político-jurídico de la caracterización de la sociedad de responsabilidad limitada como sociedad general para el tráfico jurídico patrimonial.

2.2.2./2. Fundamento dogmático de la conexión
poder de dirección - responsabilidad
patrimonial

Los argumentos en favor de la validez general del principio Herrschaft-Haftung son de muy diversa naturaleza. Con objeto de facilitar su exposición y -- al mismo tiempo sentar las bases para una revisión crítica de su contenido vamos a examinarlos en tres grupos: de carácter ético-jurídico, de índole económico-constitucional, de carácter jurídico-positivo y político-jurídico.

El significado ético-jurídico de este principio se

ha destacado diciendo que con la disociación del poder de dirección y la responsabilidad patrimonial se permite la actuación irresponsable de quienes intervienen en el tráfico económico, con grave perjuicio para los terceros contratantes. Es el riesgo de pérdida de la totalidad de su patrimonio lo que impulsa al empresario a una prudente utilización de sus recursos, lo cual no solo beneficia a los acreedores sino a los propios socios, como ya indicamos más arriba. Desde un punto de vista positivo expresa la regla de justicia distributiva según la cual "quien se aprovecha de lo ventajoso debe soportar también lo perjudicial", que aquí se traduce en la máxima de que el responsable de los planes y actividades de la empresa, tiene que asumir los riesgos que de ella se derivan (182). En este sentido el principio apunta en que dirección ha de buscarse la solución teórica ideal a los problemas que se presentan en la práctica (183), una especie de regla ordenadora superior de las conductas individuales. Estas mismas consideraciones ético-jurídicas fueron las que en Alemania -- llevaron a pedir, dentro del movimiento de reformas legislativas de la época nacional-socialista, la responsabilidad patrimonial ilimitada para el comanditario con funciones gestoras (184).

Transformando en elementos de lege data lo que en estos autores no son más que consideraciones programáticas, por lo general de lege ferenda, se ha elevado al rango de principio constitucional de índole económica y social la máxima Herrschaft-Haftung. Esta -- orientación, recogida y desarrollada basicamente por la escuela neoliberal alemana (185), se formula diciendo que en un sistema competitivo de economía de mercado, la responsabilidad patrimonial constituye -- un instrumento de selección que permite excluir del juego económico a quienes carecen de la necesaria habilidad y preparación. La responsabilidad personal -- opera como uno de los requisitos de la aptitud funcional del sistema de libre competencia (186). Este postulado tiene carácter concluyente y su validez -- en la ciencia jurídica y económica no necesita de -- ulterior argumentación.

En el orden jurídico-positivo la fundamentación de este principio aparece recogida, por un lado, en la disciplina legal de la sociedad comanditaria. En -- los ordenamientos continentales y de forma especial en los derechos latinos existe una prohibición terminante de que el socio comanditario desempeñe actividades administrativas con relevancia frente a terceros (representación de la sociedad). La ratio de

Esta normativa es precisamente que quien goza de un poder de actuación ha de estar sometido a un correctivo y al revés: al que se le haya liberado de la obligación de asumir las consecuencias de sus propias acciones no pueden otorgársele facultades ilimitadas de tipo decisorio (187). A esta misma idea responde, por otro lado, la disciplina sobre grupos de sociedades en los ordenamientos en que existe una previsión legislativa expresa, como sucede en derecho alemán, en la que el ejercicio de poder por parte de la empresa dominante queda sujeto a una responsabilidad específica frente a los accionistas externos y frente a los terceros (188).

La necesidad de una correlación entre poder de dirección y responsabilidad patrimonial se sostiene finalmente en base a consideraciones de carácter político-jurídico. Aquí entran en juego sobre todo razones de seguridad del tráfico. La protección de los acreedores exige que su prestación económica no se vea comprometida por la actuación de personas no sujetas al riesgo de las operaciones por ellas realizadas. La actividad administrativa de socios limitadamente responsables podría dar lugar a abusos que terminarían por desnaturalizar la figura, aplicando la misma a fines contrarios a los establecidos por el legisla-

dor. En este sentido por ejemplo la doctrina española más autorizada (189). Por otra parte no es convincente, se dice, el argumento de que la atribución de facultades directivas al socio comanditario ó al partícipe este justificada por la posición económica de estos en los casos en que el socio ilimitadamente responsable tenga una participación social de escasa importancia. En estos casos no debe permitirse alterar el estatuto legal ya que existiría el peligro de que estos socios se vean dominados por un partner económicamente poderoso. Esta es una razón más para limitar la libertad contractual en este sector (190). La limitación de responsabilidad patrimonial es admisible por tanto más que en los supuestos en que no se asume las tareas de gestión ó en los que la propia ley establece expresamente la responsabilidad limitada a la aportación .

2.2.2. Revisión de esta doctrina

2.2.2./1. Crítica a los fundamentos dog mático-jurídicos del binomio Herrschaft-Haftung

Los argumentos que acaban de exponerse no son en modo alguno satisfactorios, ni desde un punto de vista teórico ni por razones de utilidad ó conveniencia prácticas. El intento de demostrar que este binomio es ó -- bien un postulado fundamental de justicia material ó bien uno de los principios ordenadores del derecho de sociedades no creo que pueda considerarse realizado. Las razones son de índole diversa. En primer término no existe dentro del ordenamiento legal ningún principio general de justicia material que justifique la sumisión de una persona a una responsabilidad de carácter patrimonial sólo por el hecho de ocupar una -- posición de poder económico. Los sostenedores de la naturaleza ético-jurídica de esta regla no se han -- preocupado de darla una adecuada fundamentación debido al carácter "evidente" con que ha sido formulada (191). Por este motivo, la máxima "quién obtiene un provecho debe también soportar los perjuicios a él -- conectados" ó "todo el mundo debe recibir un trato -- acorde a la forma con que interviene en el tráfico" no deben considerarse más que un principio general -- de sentimiento social. Esto es válido incluso para -- la regla "keine Haftung ohne Herrschaft" cuyo significado ético-jurídico ha sido acentuado por un autorizado sector de la doctrina alemana (192). En este

último caso la responsabilidad patrimonial estaría -- justificada sólo si la actuación del sujeto es determinante de las circunstancias que llevan a contraer -- la obligación. En cualquier caso no parece que la ética-jurídica tenga que ver con la disciplina de la responsabilidad patrimonial dentro de las sociedades de personas. La virtud en los negocios, el sentido de la responsabilidad no depende de la forma en que se organice una determinada sociedad sino de las condiciones personales de los intervinientes (193).

En segundo lugar no existe dentro de los países occidentales una sola regla constitucional sobre la que -- este principio pueda apoyarse de forma inequívoca. En En las leyes fundamentales no existen más que declaraciones de principio, de orden político económico, -- orientadas hacia lo que podríamos llamar una "economía social de mercado" sin que el legislador se haya pronunciado en favor de una concreta teoría económica. Esto es justamente lo que hace que diferentes -- concepciones económicas tiendan a ser reconocidas como planteamientos de rango constitucional. Pero aún en la hipótesis de que del artículado de las leyes -- fundamentales pudiera deducirse un determinado programa teórico-económico esto no bastaría para resolver -- problemas concretos de carácter político-jurídico ---

(194). Cuestión distinta sería la de si resulta deseable ó conveniente desde un punto de vista político-económico favorecer la creación de formas jurídicas en las que se prescindiera de la conexión entre poder de dirección y responsabilidad patrimonial. Aquí entran en juego consideraciones no estrictamente jurídicas tales como impulsar ó no la concentración económica, mantener la competencia ó agilizar el mecanismo de selección de empresas desafortunadas. De todo ello no puede sin embargo deducirse la vigencia de principios de índole constitucional. De hecho, el sistema de libre competencia no presupone necesariamente un régimen legal de responsabilidad patrimonial ilimitada; el sistema funcionaría lo mismo dentro de un régimen de responsabilidad limitada. El sometimiento a un procedimiento concursal, como sanción típica del derecho privado patrimonial es independiente del carácter limitado ó ilimitado de la responsabilidad legal.

Para el examen de los argumentos jurídico-societarios en favor del principio Herrschaft-Haftung hay que proceder haciendo sucesivas distinciones. Desde el punto de vista de la protección de los acreedores, que es el argumento central en toda esta materia, no parece claro, en primer lugar, que estos, que cuentan ya, en el caso de la comanditaria, con la suma de responsabi

lidad del socio comanditario y con la responsabilidad patrimonial ilimitada del socio colectivo tengan interés en investigar quien toma las decisiones internas de la empresa. Sobre todo si se tiene en cuenta que -- en la práctica es frecuente que personas con preparación para desempeñar las funciones gestoras entren en la sociedad en calidad de comanditarios y actuen luego en virtud de un apoderamiento ó que entrando como socios colectivos se reiteren luego a la posición jurídica de comanditarios sin renunciar al ejercicio de sus facultades de administrar. Esto lleva a preguntarse sobre la cuestión del contenido de la exigencia de protección de los terceros. En principio la protección no ha de identificarse necesariamente con responsabilidad ilimitada. El recurso a la responsabilidad ilimitada como instrumento de protección no es una constante histórica: como ha puesto de relieve Wiethölter, la exigencia de responsabilidad patrimonial personal -- total del empresario corre paralela a una progresiva -- participación de los bancos como acreedores sociales -- (195). Esta no era necesaria en una primera época, -- cuando las operaciones tenían lugar exclusivamente entre comerciantes. Cuando se habla de protección de -- los acreedores se expresa basicamente la idea de asegurar la confianza de estos en la situación jurídica

creada a través de la publicidad material ó de hecho' (196). Por consiguiente quedan satisfechas las exigencias de protección siempre que estos conozcan el régimen de responsabilidad social, independientemente de que esta sea ilimitada ó limitada. Por otra parte, y dados los efectos que derivan de la responsabilidad ilimitada en caso de insolvencia del socio, resulta que en muchos casos hay más riesgo económico en una responsabilidad ilimitada que en una responsabilidad limitada a una aportación, en los casos por ejemplo en que el patrimonio personal del deudor es inferior a la suma de responsabilidad del socio comanditario. Aquí es claro que el principio no ofrece la seguridad jurídica que de él se espera.

En el plano de la seguridad del tráfico tampoco los argumentos en favor del carácter imperativo de este principio resultan convincentes. Por una parte esta el hecho de que los pretendidos efectos preventivos de la responsabilidad ilimitada chocan en la práctica con la responsabilidad limitada de los testaferreros. Por otro lado, la remisión al tema de la seguridad jurídica pone en juego en este sector el tema de la "división de los riesgos", que significa básicamente la posibilidad de que los socios socialicen sus pérdidas -lo cual obliga a ponderar tanto

la inseguridad y riesgo de los propios socios, que con su participación activa en una empresa de estructura financiera débil se ven sometidos al riesgo de resultar personalmente comprometidos, como el interés de los terceros a que su prestación económica reciba la adecuada contraprestación- y plantea el problema de si el sometimiento del socio limitadamente responsable a una responsabilidad patrimonial ilimitada, solo porque goza del mismo poder que un socio colectivo, no lleva a una auténtica "inseguridad jurídica" (197). Esto llevaría a cargar sobre el tráfico la necesidad de verificar constantemente la realidad de la apariencia creada.

En este mismo orden de ideas no es tampoco exacto decir que en la ley el reverso de la limitación de responsabilidad dependa inexcusablemente de la existencia y conservación de un capital social como cifra de retención. La relación entre "capital de explotación" y "capital de garantía", consagrada en la disciplina jurídica de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada, no puede elevarse a un planteamiento de principios, ya que, como demuestra la evolución histórica de la sociedad anónima en los siglos XVII, XVIII y XIX, el fondo de garantía no tiene que ver prima facie con la limitación de la res-

responsabilidad sino con la imposibilidad de denunciar el contrato social, lo cual se compensa con la fácil transmisibilidad de la participación social. La conexión fondo de garantía-limitación de responsabilidad no es más que una racionalización incorrecta de lo que ha sido el desenvolvimiento histórico del derecho de sociedades que no da pie para afirmar ningún principio inmutable de sobre responsabilidad limitada. La existencia del capital social no nace por voluntad de los acreedores para protegerse de la responsabilidad limitada de los socios sino que representa un correctivo legislativo a la creciente especulación que acompañó a la movilidad de las acciones en la primera fase del capitalismo (198).

Si en la ley no puede identificarse un principio que vincule el poder de dirección a la responsabilidad patrimonial hay que concluir afirmando la posibilidad de modificar el estatuto legal de la sociedad comanditaria sin más límites que los derivados de la prohibición de abusos. Este no tiene lugar cuando el comanditario ó el partícipe ó un tercero no socio se hace cargo con carácter exclusivo de la administración de la sociedad, ya que como hemos visto ello no altera el mecanismo de protección de los terceros. Tampoco, y por las razones que más abajo se exponen,

es admisible la concepción institucionalista del derecho de sociedades, según la cual, tanto si la regulación legal se considera de derecho dispositivo como si se considera de derecho necesario, la disociación de la dirección y de la responsabilidad iría -- contra la voluntad de la ley y daría lugar a una desnaturalización de la figura. A este tema ya nos hemos referido en otro lugar (199).

La evolución doctrinal más reciente en derecho comparado es contraria al carácter necesario del binomio Herrschaft-Haftung. Ello en todo caso en Alemania, -- donde la jurisprudencia, a partir del famoso "Rektor-Fall" (200), ha dado un impulso decisivo a esta orientación. Pero también en países donde la dogmática sigue anclada en las concepciones tradicionales. En -- Italia por ejemplo se ha criticado la construcción -- que fundamenta la responsabilidad ilimitada del socio colectivo en base a la facultad legal de administrar señalándose, por un lado, que el socio puede limitar ó excluir su responsabilidad a través de acuerdos -- privados con los acreedores y por otro alegando la -- experiencia legislativa extranjera como una prueba -- de la no inmutabilidad de este principio, en particular los supuestos de "GmbH Co. KG" y los "Groupements d'interets économiques" (201).

2.2.2./2. Inadecuación del principio Herrschaft-
Haftung a la realidad jurídica y econó-
mica actual

Las consideraciones anteriores permiten afirmar que - no existe en un plano jurídico-positivo y político jurídico un principio como el que aquí se examina. Puede ser, como sostiene Müller-Erzbach, que el binomio haya jugado un papel importante en la sociedad preindustrial (202) pero hoy ciertamente no conserva este carácter esencial. Esto vale sobre todo para aquellos - que desde el ángulo de la teoría económica neoliberal siguen defendiendo que se trata de un instrumento necesario para evitar la concentración de poder económico y garantizar la libre competencia. El modelo social en que se inspira esta concepción pertenece al - pasado.

La suposición en que se inspira el pensamiento neoliberal de que el empresario puede llevar a cabo de forma independiente su actividad y de que de las iniciativas que el tome depende básicamente el destino de - su empresa es falsa, al menos en los términos absolutos en que viene propuesta. El empresario actual, sobre todo en los casos de la pequeña y mediana empresa,

no tiene en sus manos los resortes para conjurar los peligros conectados al ejercicio de su actividad. -- Tampoco se corresponde con la realidad económica actual un modelo de participación en la lucha económica en un plano de igualdad de derechos y posibilidades, debido sobre todo al progreso técnico. Esto ha determinado lo que ha sido llamada "la huida hacia-- la responsabilidad limitada" (203).

El que por su condición de propietario y gestor es-- ta llamado naturalmente a decidir sobre el destino -- de su empresa no goza de hecho de la autonomía necesaria que esta función requiere. Como ya tuvimos oca-- sión de señalar en otro lugar, la complejidad del -- aparato económico moderno es tal que no le bastan al empresario su preparación técnica ni su aptitud personal para hacerse con él. Esto explica que una de -- sus reacciones sea la escasa disposición a asumir -- riesgos. Si él no está en grado de prevér ó de domi-- nar los riesgos que lleva aparejados la toma de deci-- siones no debe extrañar que desde el primer momento -- intente limitar la posibilidad de pérdidas.

Esta escasa disposición a cargar con los resultados adversos de su actividad no ha de buscarse solo en consideraciones de tipo personal ó subjetivo sino en condicionamientos externos tales como la especializa--

ción y el método de división del trabajo propio del proceso productivo moderno. Piensese por ejemplo en empresas dedicadas exclusiva ó prevalentemente a -- una actividad auxiliar de las grandes empresas. Su nota más caracterizada es en este supuesto la dependencia total respecto de la situación económica de su partner. Esta falta de libertad de decisión, que en muchos casos les impide eludir operaciones arriesgadas si quieren mantenerse dentro de las relaciones negociales, no debería venir sancionada, por razones puramente formales, con la responsabilidad patrimonial ilimitada.

2.2.2./3. Consideraciones finales: la empresa de responsabilidad limitada como modelo general de operación societaria para el tráfico mercantil

A la vista de los presupuestos socio-económicos y jurídicos actuales puede afirmarse que para el tema de la conexión poder de dirección- responsabilidad patrimonial ilimitado no existe espacio suficiente. Se trata, como ha señalado graficamente Wiethölter, de una

"leyenda" (204), cuya importancia se ha sobrevalorado desmedidamente. Para los acreedores tiene hoy una escasa significación ya que operan con mecanismos de garantías personales independientes del hecho de que el socio responda limitada ó ilimitadamente. Para de recho empresarial constituye sin embargo un problema de notable importancia ya que con el se ponen en jue go aspectos relevantes de la posición de empresario, que en esta concepción transita hacia modelos de actuación radicalmente diversos, se habla en este sentido de (empresario con mentalidad de empleado, de -funcionario, de asalariado) (205).

El hecho, evidente, de que la responsabilidad patrimonial personal fortalezca la conciencia de respon sabilidad no debe llevar sin más a convertir este su puesto en un principio ordenador de carácter general. La situación jurídica y social que acabamos de indicar no permite dar grandes posibilidades de éxito a reformas legislativas, que insistan en mantener la responsabilidad limitada solo en favor de los socios excluidos de la administración. Ello supondría -como hace años intuyó certeramente Wieland (206)- una con solidación del actual sistema de testaferros, y de--jaría sin resolver las exigencias de regulación le-- gal de la moderna sociedad industrial en favor de un

reconocimiento tanto de la empresa individual de res
ponsabilidad limitada como de la sociedad mercantil
de responsabilidad limitada, como modelo general de
sociedad para el tráfico actual. Esta solución, que
 desde un punto de vista político jurídico debe consi
derarse clara, plantearía en el orden técnico la ne-
 cesidad de un sistema de protección de los terceros
 particularmente riguroso: obligación de quien admi--
nistra directamente la sociedad de asumir una respon
sabilidad personal no patrimonial de una gestión cui
dadosa; obligación de constituir la sociedad con una
 base patrimonial adecuada a la realización del fin;
 medidas que garanticen, dentro de ciertos límites, -
 la estabilidad del capital. Dicho con otras palabras,
 someter a los administradores a una responsabilidad -
 semejante a la de las sociedades de capitales y confi
gurar el capital social con una función de garantía,
 asegurando su aptitud a través de una cifra tope mí-
nima.

El principio de selección que propugna la teoría eco
nómica neoliberal se vería mejor atendido así que --
 por el sistema de exclusión del empresario del proce
so económico, tal como sostiene esta escuela. Se tra
ta de un problema que ha de resolverse en el plano -
legislativo ya que la limitación de la responsabili-

dad es ante todo una técnica jurídica y un medio político-jurídico para conformar la realidad social y económica. Lo que interesa no es tanto la "obligación de responder patrimonialmente" sino la "aptitud ó capacidad de responder". En este sentido la responsabilidad limitada no es más que una "posibilidad" que se da a la propia actividad sin tener que llevarla a cabo bajo un riesgo mortal, máxime cuando la responsabilidad (Verantwortung) del empresario nace cada vez más de causas ajenas a su voluntad.

El modelo de sociedad mercantil que aquí se propone es, desde el punto de vista organizativo, un esquema estructural intercambiable, que haga uso, según las necesidades prácticas, de los elementos que hoy caracterizan los tipos legales de sociedad. El régimen de estas figuras habría que determinarse según su peculiar estructura de organización. La regla general sería, como acaba de indicarse, la responsabilidad limitada. Esta concurrencia de elementos hace que los problemas político jurídicos más importantes para un futuro derecho de sociedades acorde a la situación actual se centren en torno a la función y caracterización de la sociedad de responsabilidad limitada, como ha tenido ocasión de demostrarse en Alemania con ocasión de la reciente reforma de la legislación societaria en este sector (207).

II. Los presupuestos materiales de la atipicidad:
identificación y régimen de las sociedades -
atípicas

Sobre éste tema, al que nos hemos referido en el Capítulo II , sólo unas indicaciones resuntivas y críticas. La aparición en el tráfico de formas de ejercicio colectivo de una actividad económica plantea la cuestión de la figura social bajo la que se subsume el supuesto de hecho. Esta operación se lleva a cabo en dos fases sucesivas: determinar si estamos en presencia de una sociedad en sentido amplio y ver, en su caso, de que clase de sociedad se trata. Esta función clasificatoria tiene lugar por vía jurídico-conceptual y a ella sirve la reconstrucción crítica contenida en los epígrafes anteriores. El resultado es que siempre que dos ó más personas se agrupen con lazos contractuales para promover en común la realización de un fin común de carácter mercantil y la actividad se lleve a cabo bajo un nombre colectivo estaremos en presencia de una sociedad colectiva. La caracterización legal de la figura como sociedad personalista no tiene alcance definitorio y por consiguiente las partes pueden excluir, total ó parcialmente, de la estructu-

ra societaria la contemplación de las condiciones personales de los socios sin que con ello la colectiva - deje de serlo. En el supuesto de la comanditaria, es-tas notas conceptuales mínimas se complementan con la exigencia de dos categorías diversas de socios en ba-se a la distinta forma de obligarse por las deudas sociales. Estos rasgos bastan para llevar a cabo la función ordenadora que los conceptos jurídicos tienen -- asignada y para determinar la aplicación de un régi--men legal de contenido necesario.

La existencia de sociedades colectivas ó comandita- - rias cuyo esquema organizativo difiera del estableci-do por el legislador ha planteado tradicionalmente el tema de su calificación. De acuerdo con la intensidad mayor ó menor de los pactos de desviación la cuestión era ver si se trataba de una sociedad atípica ó de -- una sociedad típica con cláusulas atípicas (208). La distinción tenía relevancia no sólo a efectos de la licitud ó ilicitud de la reglamentación privada sino en relación con la interpretación y determinación del derecho aplicable.

Los esfuerzos realizados hasta ahora para resolver el problema de identificación de las figuras atípicas, - en sentido amplio, han tropezado con obstáculos insu-perables. Ello se debe en primer término a la forma -

con que el tema ha sido planteado, típica de la jurisprudencia de conceptos; determinación de los elementos del tipo legal; alcance de las desviaciones respecto de este modelo básico y aplicación del régimen jurídico en razón de la "proximidad" del supuesto atípico a los restantes tipos legales. A las limitaciones de este planteamiento nos hemos referido ya en el Capítulo anterior al tratar de la utilidad del tipo como instrumento de identificación y aplicación del derecho.

Una vez resuelta la cuestión de su naturaleza jurídica fundamental, el problema no consiste tanto en determinar si se trata de una figura atípica ó de una figura típica con cláusulas atípicas, aspecto éste que ofrece un interés más bien académico, sino el del régimen aplicable. Con ello el tratamiento de los fenómenos societarios atípicos se desplaza del plano de la identificación al del régimen, lo cual ha de entenderse metodológicamente correcto. La fijación del régimen de las formas atípicas se resuelve a través de una valoración de los intereses en juego del supuesto de hecho singular que ha de contrastarse a su vez con las valoraciones que subyacen a la disciplina jurídica de las formas que componen el catálogo legislativo. Esta orientación responde a la

concepción de la llamada "jurisprudencia de los valores" tal como el tema viene propuesto en la actual metodología jurídica (209).

Las consideraciones expuestas en los apartados anteriores y los resultados a que han llegado los más recientes trabajos de investigación en este sector (210) ponen de relieve que los elementos estructurales de las sociedades mercantiles, sometidos a una regulación de carácter dispositivo, no son definitorios en el sentido de rasgos de identidad de las "formas sociales" sino típicos. Se trata de elementos "fungibles", que pueden ser libremente intercambiados. Las sociedades de personas, cuyo esquema estructural se configura con rasgos corporativos, no son "cualitativamente" distintas de las sociedades de personas típicas con singulares pactos de desviación. De ahí es posible afirmar la existencia de principios generales de un derecho unitario de sociedades que se superpone a la contraposición dogmática entre sociedades de personas y de capitales. Este modelo unitario de operación mercantil, justificado tanto por razones técnicas como de índole dogmática, pide además en el orden político jurídico que se trate de una sociedad de responsabilidad limitada.

La configuración de las sociedades mercantiles perso-

nalistas como esquemas de organización de contenido - indiferenciado, que permite según se ha visto una estructura interna de carácter corporativo, da su dimensión real al problema de la distinción entre sociedades típicas y atípicas como problema de régimen jurídico. En este orden de ideas hay que entender las recientes aportaciones doctrinales en las que pretende elaborar una disciplina de las sociedades de personas que tenga en cuenta los intereses afectados por una estructura organizativa no prevista por el legislador. El tema se orienta hasta ahora básicamente en el sentido de buscar una adecuada protección a las minorías y en la regulación de una cláusula de compensación, - en los casos de denuncia del contrato social por uno de los socios ó en los supuestos de exclusión. El primer problema se justifica por la introducción en las sociedades de personas organizadas en forma corporativa del principio de mayorías. La protección de socio singular, que el legislador del siglo pasado había -- considerado innecesaria en virtud precisamente de la libertad concedida a las partes para regular sus relaciones internas y especialmente del principio de unanimidad establecido en la ley para la adopción de los acuerdos sociales, se presenta hoy desde una perspectiva diversa. La creación de órganos sociales con una

dinámica de funcionamiento semejante a la de los órganos de las sociedades de capitales y las particularidades que ofrece en las sociedades de personas el deber de fidelidad del socio hace que el tema de la actuación de las mayorías requiera de un tratamiento específico (211). En cuanto a las cláusulas de compensación para los supuestos de separación y exclusión se trata básicamente de ver hasta qué punto las exigencias económicas de continuidad de la empresa permite adoptar medidas que garanticen la existencia de la empresa en un sistema "abierto", caracterizado por una amplia movilidad en las posiciones de socio. El problema se ha venido estudiando básicamente en relación a las llamadas "sociedades comanditarias públicas" -- (Publikumskommanditgesellschaft) necesita ser objeto de ulterior desenvolvimiento respecto este sobre el -- que ahora no podemos detenernos (212).

C. Límites a la creación de sociedades atípicas:

correcciones críticas a la doctrina tradicional
y directrices generales de carácter político-jurídico

Del problema de los límites a la creación de sociedades atípicas nos hemos ocupado en la parte primera -- del Capítulo segundo, al estudiar las directrices legislativas y doctrinales sobre el juego del principio de autonomía contractual. Allí se expusieron las construcciones más importantes sobre el tema y las correcciones críticas a que este ha sido sometido en la doctrina más autorizada. Ahora vamos a limitarnos a una breve recapitulación crítica sobre el estado de la -- cuestión en esta materia.

Desde un punto de vista de lege data, el problema se presenta en los términos siguientes: El derecho de sociedades conoce una imposición de tipos legales -- -- ("Typenzwang") sólo en un sentido limitado, que consiste en la prohibición a los particulares de adoptar otras formas sociales que las establecidas en el catálogo legal ("Typenwahl"). Con ello quiere decirse básicamente que está cerrado el camino para la invención de formas nuevas de sociedad, como por ejemplo -- una sociedad colectiva de responsabilidad limitada ó una sociedad anónima desprovista de capital social. -- Esta libertad de elección se encuentra sujeta además, en algunos casos, a la obligación de destinar la sociedad a la realización de un fin específico ("gesetzliche Typenbeschränkung"), supuestos que fueron ya --

examinados en otro lugar. Un carácter imperativo de los tipos legales, entendido como inmodificabilidad de su contenido legal ("Typenfixierung") no existe en ninguno de los ordenamientos que aquí han sido estudiados.

De acuerdo con el esquema anterior -cuya validez en nuestro ordenamiento no plantea dificultades- parece claro que una vez adoptada alguna de las formas sociales previstas en la ley los particulares pueden introducir cuantas modificaciones estructurales crean oportunas, combinando elementos procedentes de tipos diversos, sin más limitaciones que las establecidas por las normas de derecho necesario. Dentro de un planteamiento estrictamente positivo no parece correcto técnicamente extraer de un principio general -como pueda ser la "esencia" de la sociedad, la "normatividad" de los tipos ó el carácter "institucional" de los institutos jurídicos- reglas de derecho necesario que se añadirían a las que se encuentran expresamente recogidas por el legislador. Este modo de proceder carece de fundamento en derecho vigente. El matiz estrictamente jurídico que reviste la disciplina societaria no permite tampoco tener en cuenta otro tipo de concepciones, como son las procedentes del derecho constitucional de la empresa y del derecho económico, la ideolo

gía de finales de siglo, que domina todavía un amplio sector de la legislación societaria europea, responde la configuración de los institutos jurídicos como -- instrumentos técnicos al servicio de la autonomía privada. La evolución del pensamiento jurídico a lo largo del presente siglo tiende a destacar elementos de justicia material que según un amplio sector doctrinal se encuentran recogidos en las normas de carácter dispositivo: en ellas están presentes concepciones -- del legislador sobre cómo valorar situaciones de intereses que, por su carácter representativo, ha sido -- acogida en la ley como supuesto de hecho típico. Es-- tas reglas dispositivas constituyen además un punto -- de partida y un modelo adecuado para determinar cuando las desviaciones de la práctica dan lugar a situaciones de abuso.

Prescindiendo de estos aspectos funcionales del derecho dispositivo, sobre los que ya nos ocupamos en su momento, hay que subrayar que el derecho español de - sociedades, lo mismo que el derecho alemán, tiene carácter instrumental, es decir, está concebido como un conjunto de medios técnico-jurídicos al servicio de - los intereses de los particulares. No hay más límites que las normas de ius cogens y la prohibición de abusos. Para la fijación de estos últimos habrán de te--

nerse en cuenta sin embargo, como elementos puramente orientativos, los preceptos de carácter dispositivo. Con esta misma función auxiliar han de tomarse en -- cuenta conceptos generales como los de "protección de los socios", "protección de los acreedores", en la me dida en que ayuden a valorar los intereses en juego - (213).

No puede hablarse en derecho vigente de un abuso de - la institución societaria en la medida en que detrás de los singulares preceptos legales no existen "insti tuciones" respecto de las cuales el legislador haya - acotado sus posibilidades de utilización. El tipo le- gal, como realidad distinta e independiente de la for ma social, tampoco se encuentra configurado como un - fenómeno técnico-jurídico que sólo permite aquellas - variantes que se mantengan en el marco de la tipici-- dad. La concepción instrumental del derecho de socie- dades vigentes no constituye, como señalaba Kuhn, una sistemática conceptual "de tipo pandectista que no -- lleva más que al aislacionismo" (214) sino un instru- mento apto para la transformación funcional de las so ciedades tradicionales.

No puede admitirse por tanto la limitación de la liber- tad contractual so pretexto de límites "inmanentes". La autonomía privada en el ordenamiento vigente cons-

tituye un valor esencial; la tensión entre este valor y otros del ordenamiento se resuelve en el sentido de sustraer un sector de ésta disciplina a la autonomía privada: normas de derecho necesario, normas de carácter ético-jurídico, protección de la confianza, principios que en parte carecen de formulación jurídico-positiva.

Desde un punto de vista de lege ferenda no parece que la concepción actual del derecho de sociedades sirva para atender la evolución experimentada en otros sectores próximos. Ello obliga a examinar el tema de la libertad de configuración del contenido del contrato desde el ángulo de la existencia de un derecho constitucional de la empresa (215). Si se insiste en mantener el actual carácter instrumental habría que estudiar la cuestión jurídico-sociológica de lo que las formas del catálogo legal pueden realizar en estos momentos para el cumplimiento efectivo de sus fines; --ver que transformaciones se han producido en los presupuestos socio-económicos que determinan la evolución del derecho de sociedades en los términos expuestos en este trabajo (216). Además convendría considerar la cuestión de una conformación libre de la constitución de la empresa no sólo en un sentido lógico-sistemático sino político-jurídico y práctico. Junto

a los condicionamientos fácticos -la llamada "normativa de los hechos"- hay que ver como esa libre conformación se inserta en el ordenamiento económico general ó en el ordenamiento de constitución de la empresa. La función de la autonomía privada hay que replantearla fuera de su esquema legislativo actual, instrumento de conformación de derechos subjetivos sino en el marco de la doble función que según Ludwig Raiser corresponde al derecho privado, en relación a las personas y a los institutos jurídicos (217). Sólo por ésta vía se lograría una efectiva superación del cuadro pandectista hoy existente. Esto significa una revisión radical del actual derecho de sociedades lo cual sólo puede realizarse a nivel de reforma legislativa, en los términos en que el problema se está abordando en Holanda.

INTRODUCCION

- (1) LA LUMIA, La atipicità delle società commerciali, Riv. Dir. Comm. 1938, I, p. 217 ss.; ROCCHI, Sulla classificazione delle società commerciali anche in relazione alla loro atipicità, Riv. Dir. Comm. 1941, I, p. 297 ss..
- (2) PAULICK, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung. Zugleich ein Beitrag zur Typenlehre im Gesellschaftsrecht. Tübingen 1954.
- (3) OTT C., Typenzwang und typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft. Diss. Tübingen 1966; KUHN, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften. Tübingen 1964.
- (4) TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen. München 1970; NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft. Bielefeld 1970; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften. Berlin-Heidelberg-New York 1970.
- (5) SPADA, La tipicità delle società, Padova 1974.
- (6) OTT W., Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht. Dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1972; IMMENG, Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg 1970; HUBER, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970; REUTER, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen. Ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen. Schriftenreihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik in Verbindung mit Kurt Biedenkopf und Erich Hoppmann, herausgegeben von Ernst Joachim Mestmäcker, Frankfurt/M. 1972. RICHARD, Atypische Kommanditgesellschaften, Bern 1971.

- (7) Vid. en este sentido el estudio programático de GEILER, Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht; en Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (1927), p. 593 ss..

- (8) MESTMACKER, JuS 1963, p. 417 ss. (419).

- (9) Vid. pags.

- (10) Sobre el tema vid. con carácter general ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, p. 343 ss. (349 ss. especialmente); SAND-ROCK, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung (1966), p. 66 ss.; MESTMACKER, Verwaltung; Konzern-gewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958, p. 5.

CAPITULO PRIMERO

- (1) Vid. especialmente GIRON TENA, Los conceptos y tipos de sociedades en los Códigos civil y de comercio y sus relaciones, en Estudios del Centenario de la ley del Notariado IV, Madrid 1964, p. 1 ss., que constituye una revisión actualizada de sus trabajos anteriores; DUQUE DOMINGUEZ, Sociétés, association et entreprise en droit espagnol, en Evolution et perspectives du droit des sociétés, à la lumière des différentes expériences nationales (Milan, 1968), I, p. 70 y ss.; GONZALEZ ORDOÑEZ, Los criterios de Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas, RDM, 59 (1956), p. 51 y ss..
- (2) Vid. infra, Cap. III, pags.
- (3) Sobre los conceptos "sociedad en sentido amplio" y "sociedad en sentido estricto" vid. especialmente VON GIERKE J., Die Gesellschaft im weiteren Sinn", ZHR 119 (1956) p. 141 ss.; WURDINGER, Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937; 2 I; HUECK, Gesellschaftsrecht, 16. Aufl., München u. Berlin, 1972, p. 1 ss.; LEHMANN/DIETZ, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin-Frankfurt, 1970, p. 1 ss.. En nuestro derecho vid. GIRON TENA, Sobre los conceptos de sociedad en nuestro derecho. Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 1955, p. 221 ss.; ID., Los conceptos y tipos, cit. p. 19 ss.; ID., Apuntes de Derecho Mercantil, 1ª (Sociedades. Parte General), Madrid 1973-74, p. 5 ss..
- (4) En estos términos SPADA, La tipicità delle società, cit. p.3.
- (5) WIELAND, Handelsrecht, 1. Band: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München u. Leipzig, p. . En los mismos términos ya VON GIERKE O., Das Wesen der menschlichen

verbände, 1902, p. 32; HAUPT-REINHARDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952, p. 1.

- (6) La denominación "tipo" recogida en el texto no se utiliza aquí en el sentido técnico preciso de forma social. Sobre esta terminología vid. supra Introducción, p. e infra Cap. II, pags.

- (7) La bibliografía es tan abundante que carece de sentido intentar aquí una selección. Para un examen de las líneas fundamentales de esta evolución vid. con carácter general la obra clásica de GOLDSCHMIDT, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, Teil 1: Universalgeschichte des Handelsrechts, 3. Aufl., Stuttgart 1891, p. 213 ss.; REHME, Historia Universal del Derecho Mercantil, trad. Orbaneja, Madrid 1941, p. 55 ss.. Sobre los aspectos singulares vid. VON GIERKE O., Personengesellschaft und Vermögens in begriffe in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1888) p. 95 ss., con referencia sobre todo a la evolución en Alemania; LEVY-BRUHL, Les différentes espèces de sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles, RHDMeE, 1957 p. 295 ss.; ID., Le régime fiscal des sociétés de Commerce au XVIII siècle, RHDMeE 1934, p. 65 ss.; ASCARELLI, Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, trad. Verdadera, Barcelona 1964, p. 34 ss..

- (8) Para una visión de conjunto vid. por todos GIRON TENA, Sociedades Mercantiles (Lecciones) 2ª ed., Parte especial II/1, Valladolid 1962, p. 1 ss., 125 ss., 247 ss. y allí más indicaciones bibliográficas.

- (9) Vid. GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 2 ss..

- (10) GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 10.

- (11) No puede entrarse aquí en los detalles de este temario por tratarse una de las cuestiones más debatidas entre los historiadores del derecho. La estructura de la operación es en todo caso la que se indica en el texto. Para un estudio de la cuestión re-

lativa a los orígenes y evolución de esta figura vid. BRUNETTI, Trattato del diritto delle società; I, Milano 1946, p. 542 ss.. Sobre el tema en particular LASTIG, en la obra de ENDEMANN, Manuale di Diritto commerciale, marítimo, cambiario, trad. Betocchi/Vighi, I, Napoli 1897, p. 782; SILBERSCHMIDT, Die commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum XIII Jahrhundert, Würzburg 1884 y bibliografía cit. supra, nota 7.

- (12) La commenda se presenta desde el primer momento como una figura contractual de carácter fiduciario; siguiendo los trazos más destacados de su evolución puede decirse que ^{en} la primera fase - commenda con participación unilateral de capital- el "tractator" no aporta más que su trabajo y está sometido a las instrucciones del "commendator"; posteriormente se interesa bajo fórmulas parciarias o como socio; el "commendator" en vez de mercancías entrega dinero, aportación que con el tiempo realiza el "tractator" mismo, recibiendo de otros "commendator" dinero o mercaderías. Esta forma rudimentaria ("societas maris" o "wiederlegung", según la terminología de la época), al producirse la participación del "commendator" en la explotación mercantil del "tractator" se hace permanente, orientándose básicamente hacia el comercio terrestre. Vid. sobre esta evolución SILBERSCHMIDT, Die Commenda, cit. p. 31, 106 ss.; GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte, cit. p. 260; LOBBERT, Die rechtliche Natur der Stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung, Stuttgart 1906, p. 480.
- (13) La separación entre Cuentas y Sociedad comanditaria por razón del carácter público de esta última frente al oculto de las Cuentas aparece ya, históricamente, en la figura de la "participatio". En este sentido, con detalle, LASTIG, op. cit. p. 783 ss.; en contra CAROSELLI, L'assicurazione in partecipazione, Padova 1930, p. 111 ss..
- (14) La contraposición entre "compagnia secreta" y "compagnia palese" expresaba -salvado en todo caso el principio de la responsabilidad limitada- la diferencia esencial entre Cuentas en participación y sociedad comanditaria. Que "participatio" y "compagnia secreta" constituyen una misma figura parece ser la opinión de nuestra doctrina. Vid. GARRIGUES, Tratado de Derecho Mercantil, III/1; Madrid 1964, p. 184; GIROU TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 129.

- (15) Sobre el tema vid. por todos GADOW/HERNICHEN, Aktiengesetz, Grosskommentar, 3. Aufl., Berlin u. New York (1973) p. 1 ss.; GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 269 ss. y allí más indicaciones.

- (16) PARKER, Companies and Associations in English Law: Historical Development, en Evolution et perspectives, cit. p. 121 ss. (133).

- (17) Vid. HEMARD, Le problème des types de sociétés en droit français, en Evolution et perspectives, cit. p. 319 ss. (323 ss.).

- (18) HEMARD, op. cit. loc. cit.

- (19) GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte, cit. p. 291 ss. y allí más indicaciones. GUTZWILLER, Schweizerische Juristenzeitung, 1971, p. 135 ss. (136).

- (20) Sobre este punto vid. especialmente GIRON TENA, Los conceptos y tipos, cit. p.

- (21) Sobre las correcciones técnicas realizadas por el legislador vid. la exposición de síntesis de GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit., con referencias a cada una de las formas de sociedad, dentro de los ordenamientos continentales más importantes. Recientemente sobre el tema, VERRUCOLI, Evolution et perspectives, cit. Le problème des types de sociétés. Rapport de synthese, p. 231 ss. (250 ss.).

- (22) Vid. infra Cap. II, p.

- (23) Vid. infra p.

- (24) Vid. infra p.

- (25) Sobre este punto, referido al derecho norteamericano, pero con argumentos que encuentran aplicación fuera de éste sistema jurídico, vid. WIEDEMANN, Minderheitenschutz und Aktienhandel. Eine Rechtsvergleichende Studie zum amerikanischen und deutschen Gesellschaftsrecht, Stuttgart 1968, p. 16 ss..
- (26) Haciendo una transposición, sin duda alguna incorrecta, la doctrina más generalizada ha resuelto la alternativa responsabilidad de la sociedad-responsabilidad de los socios frente a terceros, a través del expediente de la personalidad jurídica.
- (27) Dentro de la regulación de las sociedades en nombre colectivo, el derecho francés impone a los socios determinadas prohibiciones en virtud del principio de intangibilidad del capital. Sobre este tema vid. RODIERE-HOUIN, Droit commercial, Tome I, Paris (6ª ed. 1970) Nr. 411.
- (28) Sobre el derecho inglés verse GOWER, The principles of modern Company Law, London 1969, p. 48. Sobre la situación en USA vid. DROBNIG, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/Berlin 1969, p. 11.
- (29) Vid. para nuestro derecho GIRON TENA, Las Sociedades irregulares, ADC, 1954, pags. 1291 ss.. Una exposición de síntesis recientemente en Apuntes de Derecho Mercantil, cit. p. 83 ss.. Conectado a este tema está el problema de la ilicitud de la forma social elegida por los particulares y la influencia de este hecho sobre la existencia y relaciones jurídicas de la sociedad. Sobre este particular vid. BATTES, Rechtsformautomatik oder Willenherrschaft? AcP 174 (1974) p. 429 ss..
- (30) Para una visión de conjunto, EINMAHL, Die erste Gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates der Europ-Gemeinschaften und ihre Bedeutung für das deutsche Aktienrecht, AG 14 (1969) p. 167 ss.; OMMESLAGE, La première Directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés, Cahiers dr. europ. 5 1969, Nr. 5, p. 495 ss., Nr. 6, p. 619 ss..
- (31) Así por ejemplo la nueva ley alemana de sociedades anónimas de

1965. Mientras que en el derecho anterior les estaba permitido a los administradores "infravalorar" a su gusto los elementos patrimoniales y por esta vía crear reservas ocultas, ahora esta posibilidad les está expresamente excluida. Partiendo de los principios de valoración tradicionales, el principio de máximo y de mínimo valor (arts. 153 Abs. 1 y 155 Abs. 1 para el primero; art. 155 Abs. 2 AKG 1965 para el segundo), la nueva ley los considera como valores de partida que sólo pueden ser alterados de acuerdo con las prescripciones legales. Así se regula la posibilidad de amortizaciones respecto del patrimonio de inversión (art. 154 Abs. 2 AKG 1965), valoración de los elementos del circulante (art. 155 Abs. 3 AKG 1965), límites a la constitución de reservas ocultas, etc..

En este orden de ideas tiene particular interés la ley holandesa de 10.9.1970 que introduce, junto a los mecanismos de control previstos en el C. de Comercio, un control especial o Enquêterecht. Sobre el contenido de esta normativa vid. FERNANDEZ DE LA GANDARA, Problemas actuales del derecho de sociedades. La Reforma del Derecho de Sociedades en Holanda, RDM 1971, p. 379 ss. (385-386).

- (32) En Alemania hay que destacar la ley de 15.8.1969 sobre rendición de cuentas de las grandes empresas y de los grupos de sociedades (Gesetz über die Rechnungslegung von Grossunternehmen und Konzernen), conocida bajo el nombre de Publizitätsgesetz. Sobre el alcance de esta normativa vid. GESSLER, Entwicklungstendenzen im Gesellschaftsrecht, BB 1968 p. 717 ss. (721 ss. especialmente). Un estudio detallado de la ley en ADLER/DURING/SCHMALTZ, Rechnungslegung u. Prüfung der Aktiengesellschaft. Handkommentar 4. Aufl., Stuttgart 1968-72. También la reforma holandesa se ha ocupado de la materia en la ley de 10.9.1970 sobre balance de ejercicio de las empresas. Las particularidades de esta regulación pueden verse en mi trabajo La reforma ..., cit. p. 386 ss. y en bibliografía citada infra, nota 49.
- (33) Art. 76 AKG 1965, art. 79 LSA. Sobre la vigencia del principio de libertad empresarial en derecho de sociedades vid. expresamente GESSLER, Vollendete oder nur begonnene Aktienrechtsreform, AG 10 (1965) p. 333.
- (34) Sobre el control de las fusiones vid., para el derecho alemán, recientemente RAISCH-SOLTER-KARTTE, Fusionskontrolle. Für und Wider, Stuttgart, Berlin; Köln, Mainz, 1970; KLAUSE-VON LAMPE-MARKERT-PETRY-REINIGER, Zur Problematik der Fusionskontrolle (1971) y allí más indicaciones.

- (35) Se ha discutido incluso la posibilidad de que las empresas destinen parte de sus propios recursos a la financiación de partidos políticos, es decir, el hecho de una hipotética influencia inmediata de los mismos en el proceso de formación de la voluntad política. Sobre este extremo vid. RITTNER, Festschrift Knur (1972) p. 205 ss.
- (36) Vid. art. 70 I AKG 1937 y 76 I AKG 1965; RITTNER, Fest. für GESSLER (1971) p. 139 ss. con más indicaciones.
- (37) Sobre este punto vid. ya RATHENAU, Vom Aktienwesen. Eine gesellschaftliche Betrachtung, Berlin 1917, p. '38; KEYNES, The end of Laissez-Faire, 1926 (cit. por TREYNOR, The Financial Objective in the Widely-Hold Corporation, manuscrito no publicado Cambridge-Mass., 1965 p. '3). Discusión entre BERLE, Corporate Powers as Power in Trust, en Harvard L.R. Mass. 1049 (1931) 44 y DODD, For whom Are Corporate Managers Trustees, Harvard LR 1145 (1932). Una formulación reciente puede verse en DONALD-E. SCHWARTZ, Campaign to make General Motors responsible, Mich LR 69 (1970) p. '419 ss.; M. FOGARTY, Wider business objectives, PEP-Broschüre, Nr. 496, Mai 1966, ambos con indicaciones sobre el estado de la cuestión en USA; DUDEN, Zur Methode der Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum "Unternehmensrecht", en "Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht", Festschrift für W. Schilling, Berlin-New York 1973, p. 309 ss. (passim, especialmente p. 321-322); REINHARDT, Private Unternehmen und öffentliche Interesse, Fest. für HUECK (1959) p. 436 ss.; BALLERSTEDT, Aktienrechtsreform, cit., 1962, p. 62-63.
- (38) Vid. en este sentido REUTER, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen. Ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen, Frankfurt a. M., 1973, pages. 80-81, nota 3.
- (39) Sobre el tema vid. básicamente BALLERSTEDT, GmbH-Reform, Mitbestimmung und Unternehmensrecht, ZHR 135, p. 479 ss. (483 ss.); KUNZE, Bemerkungen zu Inhalt und Methode einer Unternehmensrechtsreform, Festschrift für Gessler (1971), p. 47 ss.; WESTERMANN H.P., Unternehmensverfassung und Gesellschaftsrecht, en Fest. für H. Westermann, Karlsruhe 1974, p. 563 ss.; RITTNER, Öffentlichrechtliche Elemente in der Unternehmensverfassung, en Planung 5 (1971) p. 59 ss..

- (40) La empresa como organización de personas que ponen medios para la consecución de ciertos fines, constituye básicamente, una "sozialer Verband", según la terminología adoptada por BIEDENKOPF en su conocido informe sobre la co-gestión. Vid. BT, Ds. VI/334 de 4.2.1970, Teil IV TZ 2, 8, 12.
- (41) GALBRAITH; The Industrial State, 1967, ediciones Penguin 1969, p. 69 ss., 94 ss., 155 ss. y passim.
- (42) Las publicaciones en este sector son abundantísimas. Para una visión de conjunto vid. MESTMACKER, Mitbestimmung und Vermögensverteilung - eine Einheit, FAZ 21.7.1973; SCHILLING, Wirtschaftliche Mitbestimmung im Meinungsstreit, ZHR 128, p. 217 ss.; BOETTCHER/HAX/KUNZE/NELL-BREUNNING/ORTLIEB/PRELLER, Unternehmensverfassung als Gesellschaftspolitische Forderung, Berlin 1968; WIETHOLTER, Unternehmensverfassung, Juristen-Jahrbuch 1966/67, p. 162 ss., donde puede encontrarse una panorámica de las distintas tendencias dentro de esta problemática.
- (43) Vid. por todos sobre esta cuestión NELL-BREUNNING, Festschrift für Kronstein, p. 47 ss. (64 ss.). Una síntesis de los puntos de colisión entre derecho de sociedad y derecho de empresa recientemente en H.P. WESTERMANN, Unternehmensverfassung, cit. p. 568 ss..
- (44) T. RAISER, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969, p. 166 ss..
- (45) RAISER, cit. p. 148.
- (46) Vid. en este sentido sobre todo BALLERSTEDT, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949, p. 13; MESTMACKER, Verwaltung, cit. p. 13; REUTER, Privatrechtliche Schranken, cit. p. 82.
- (47) Un estudio en castellano sobre el tema puede verse en GARRAL-

DA VALCARCEL, La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Derecho Alemán, Oviedo 1967.

- (48) Sobre los proyectos de cogestión de la SPD y CDU/CSU vid. H.BIENER, RdA 1971, p. 174 ss.. Sobre el modelo de cogestión de los liberales, FLACH/MAIHOFER/SHELL, Die Freiburger Thesen der Liberalen, 1972, p. 93 ss..

- (49) Una información sinóptica sobre el contenido de esta normativa en mi trabajo, Los problemas, cit. p. 388 ss.. Más recientemente SANDERS/SLAGTER/DRION/VON SCHILFGAARDE, TVVS (1971), p. 50 ss., 169 ss., 189 ss., 201 ss., diversos artículos publicados en la misma revista, Heft 11 (1972); ZEIJLEMAKER, Themis 1972, p. 413; SANDERS, Reform des Gesellschaftsrechts in den Niederlanden AG 1971, p. 389 ss.; ID., Die Niederlande auf dem wege zum Unternehmensrecht, Law and International Trade, Recht und Internationaler Handel, en Festschrift für Schmitthoff; Frankfurt a. M. 1973, p. 311 ss. con más indicaciones; ROTH, Das neue Niederländische Aktienrecht: Absage an die "Unternehmensdemokratie"? AWD 1974, p. 312.

- (50) SANDERS, Reform des Gesellschaftsrechts, cit. p. 396.

- (51) BLOCH-LAINE, Pour une reforme de l'entreprise, 1963, p. 37 ss., 42 ss., 69 ss., 147 ss..

- (52) DE WOOT, La Fonction d'Entreprise, Brüssel 1962.

- (53) LYON-CAEN, Beitrag zu den Möglichkeiten der Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, Nr. 10 de "Studien, Reihe Wettbewerb", 1970, Einl., Nr. 9, 12.

- (54) DUDEN, Das Unternehmen, Menschen und Mittel, en Fest. für Barth (1971) p. 14 ss. y nuevamente en el Fest. für Schilling, cit. p. 321 ss..

- (55) Así expresamente WESTERMANN H.P., *Wirtschaftsverfassung*, cit. p. 571 ss. (573).
- (56) En opinión de DUDEN, esta restricción constituiría sólo una pérdida cuantitativa en lo que se considera el óptimo económico. A su juicio no existen obstáculos insuperables para la subsunción de las sociedades de personas en el derecho de la empresa (vid. básicamente en *Festschrift für Barth*, cit. p. 16 y recientemente en *Fest. für Schilling*, cit. p. 325 ss.). En contra WESTERMANN H.P., en *Fest. für Westermann*, cit. p. 573. Según este último no se trata aquí de una destrucción cuantitativa sino cualitativa que acarrearía la desnaturalización del derecho de sociedades, como sistema jurídico y económico de carácter privado. Sobre la atribución de facultades administrativas a terceros no socios en las sociedades personalistas vid. infra p. . Vid. sin embargo *Arbeitskreis GmbH-Reform* (p. 12 nota 4) *Kapital und Haftungsfragen bei der GmbH; Gründung von Einmann-GmbH; Konzernrecht der GmbH; Arbeitnehmerbeteiligung an einer GmbH*; Heidelberg 1972, p. 73 ss..
- (57) Los intereses que se indican en el texto corresponden a lo que TEICHMANN llama "grupos de motivos", que, en su opinión, deberían llevar a una institucionalización del derecho de sociedades. Sobre este tema TEICHMANN, *Gestaltungsfreiheit*, cit. p. 96 ss.. En este sentido, con algunas puntualizaciones, vid. también ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden* (1963) p. 17 ss..
- (58) Estructura significa, según esto, la forma adoptada por los elementos integrantes de una figura, la configuración de sus rasgos caracterizadores, su construcción interna. Sobre el concepto de estructura, en general, vid. MENGIARDI, *Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts. Zur Bedeutung der Typuslehre für das Recht der Personengesellschaften und Juristischen Personen*, *Schweizerischer Juristenverein, ZSR, Heft 1* (1968), p. 1 ss. (31, 79 ss., 85 ss.); BAUMLIN, *Strukturprobleme der schweizerischen Demokratie der Gegenwart*, *ZbJV* 97 (1961)p. 81 ss.. En contra de la aplicación del concepto de estructura, desde el ángulo de la tipología, HERSCHEL, *Typologische Methode und das Arbeitsrecht*, en *Festgabe für Kunze*, p. 225 ss. (235).

- (59) En este sentido, por ejemplo, ESSER, Schuldrecht, 2 Aufl. 1960, epígrafes 16 ss. (18, 1). Sobre el concepto de estructura en las ciencias jurídicas vid. en general SCHINDLER, Verfassungsrecht und soziale Struktur, S. 56 ff, 58.
- (60) Este concepto, más restringido, de estructura es el recogido por HUBER U., Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzgebung, Jur A 1970, p. 784 ss. (788).
- (61) Sobre la configuración estructural del derecho de sociedades en la doble dirección que acabamos de señalar, vid. especialmente MENGIARDI op. cit. loc. cit.; JOLIDON, Problèmes de structure dans le droit des sociétés. Portée et limites de la théorie des types, Schweizerischer Juristenverein. Referate und Mitteilungen ZSR, Heft 3 (1968) p. 427 ss. (539 ss.); WESTERMANN H.P., Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts in rechtsvergleichender Sicht, Zeit. f. Verall. Rechtsw. 73 (1973) p. 176 ss..
- (62) Así WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 110-111.
- (63) Vid. sobre el tema JOLIDON, cit. p. 539 ss..
- (64) En este sentido BUCHNER, Die "Struktur" der Personengesellschaften, AcP 169 (1969) p. 483 ss.. En el sentido recogido en el texto VERRUCOLI, Types des sociétés, Rapport de synthèse, en Evolution et perspectives, cit. p. 244 y, recientemente, WESTERMANN, Strukturprobleme, cit. p. 182.
- (65) Sobre el carácter esencial de este elemento y en particular con referencia al intuitu personae vid. infra p.
- (66) Sobre este tema vid. infra, Cap. II, p.

- (67) SPADA, La tipicità delle società, Padova Cedam 1974, p. 4.
- (68) Así -y con carácter puramente indicativo- la proliferación de sociedades inmobiliarias de inversión e inmobiliarias de gestión en casi todos los ordenamientos, las sociedades agrícolas de interés colectivo y las sociedades mixtas de interés agrícola en derecho francés; recientemente, en este último ordenamiento, las llamadas "sociétés financières d'innovation", los "magasins collectifs de commerçants indépendants", las "sociétés cooperatives de commerçants détaillants" (Sobre todas estas figuras vid. un rapport de synthèse en Rivista delle Società 1973, p. 1249 ss. y de 1974, p. 304 ss. y allí más indicaciones).
- (69) Sobre el tema de la estructura externa, vid. bibliografía citada en p. nota 61.
- (70) El tema ha sido objeto de consideración en numerosos trabajos. Con carácter puramente indicativo hay que mencionar por su interés, GEYLER, Die wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht, Gruchot, Beitr. 68, p. 593; WURDINGER, Arbeitsgesichte der Akademie für Deutsches Recht: Das Recht der Personalgesellschaften 1939, 1^o Teil, Die Kommanditgesellschaft, p. 16; recientemente PLUM, Der fortschreitende Strukturwechsel der Personalgesellschaft durch Vertragsgestaltung, en Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, p. 137 ss.; WESTERMANN, Gedanken zur Reform des Genossenschaftsgesetzes aus wissenschaftlicher Sicht. Verbandstag 1968 des westfälisch-Lippischen Genossenschaftsverbandes (Schulze-Delitzsch) e. V. Münster, p. 101.
- (71) GIRON TENA, Los conceptos y tipos de sociedades de los códigos civil y de comercio y sus relaciones, Centenario de la ley del Notariado, vol. IV (Madrid 1963) p. 1 ss. (6-7).
- (72) Vid. en este sentido VERRUCOLI, Evolution et perspectives, cit. p. 246-247.

- (73) Vid. supra pags.
- (74) Sobre esta figura vid. más detalles en FREDERICO, Droit commercial, Tomo IV, nº 96, pags 195-197.
- (75) En este sentido vid. también VERRUCOLI, Evolution et perspectives, I, cit., Rapport de synthèse, p. 235.
- (76) Vid. a este respecto, desde el punto de vista metodológico, las consideraciones de DURKHEIM, Regeln der soziologischen Methode, 1961, p. 176 ss. (181-182). En el orden jurídico vid. el trabajo de J. LIMBACH, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, Berlin 1966, que constituye una excelente aportación para estudiar la posibilidad de complementar la investigación jurídica con estudios de carácter sociológico. Posteriormente, de esta misma autora, Der Referentenentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes und die Rechtswirklichkeit, en "GmbH-Reform" (BARZ/FORSTER/KNUR/LIMBACH/REHBINDER/TEICHMANN) Bad-Homburg-Berlin-Zürich 1970, p. 11 ss..
- (77) MESTMACKER, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, en Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, ed. por L. Raiser y otros (1964) p. 103 ss. Ese autor censura el que la regulación de los órganos administrativos de la sociedad anónima, la publicidad de los grupos de sociedades se inspiren en criterios puramente jurídicos. En su opinión, la comprensión de la sociedad anónima como institución, el reconocimiento de los conflictos de intereses subyacentes a las normas jurídico-societarias así como la inducción de los necesarios criterios valorativos para la decisión de estos conflictos requieren una cooperación de la ciencia económica. Una consideración autónoma de la sociedad anónima no puede formular satisfactoriamente, por vía científica, el objeto de su propio conocimiento.
- (78) A este tema ya nos hemos referido anteriormente y volveremos a ocuparnos más abajo, p.

- (79) Este fenómeno se conoce en la doctrina suiza bajo el nombre de "Typenfixierung". Vid. MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 105 ss..
- (80) Reforma suiza de 1930; la última fase en este proceso de recepción de la sociedad de responsabilidad limitada en las legislaciones nacionales ha sido la reforma holandesa reciente. La ley introductoria de las sociedades de responsabilidad limitada de 8 de junio 1970 (Wet tot invoering van de Besloten Venootschap met beperkte aansprakelijkheid) da a esta figura una existencia jurídica autónoma ya que, con anterioridad, venía utilizándose como una subespecie de la sociedad anónima, bajo la denominación "besloten naamloze vennootschap". Sobre los trazos de esta nueva disciplina, VAN DER GRINTEN, Zitting 1969-70, Drucksache 10689, donde se recoge el informe a la Comisión sobre el Proyecto de ley de sociedad de responsabilidad limitada. Vid. también FERNANDEZ DE LA GANDARA, Los problemas, cit. p. 383-84 y, aparecidos con posterioridad, los trabajos mencionados en la p. nota 49.
- (82) Vid. sobre las razones económicas y jurídicas -en especial fiscales- que determinan su creación LIMBACH, Der Referententwurf eines neuer GmbH-Gesetzes und die Rechtswirklichkeit, en GmbH-Reform, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1970, p. 11; ID., Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit, GmbH-Rdsch 1967, p. 71 ss.. Sobre el tema vid. también infra p. notas 213-214.
- (83) Sobre las particularidades de esta figura vid. principalmente GESSLER, Gesetzgeberische Probleme der GmbH CoKG en Festschrift für KASTNER, Wien 1972, p. 155 ss.; SCHILLING, Rechtspolitische Gedanken zur GmbH CoKG, Festgabe für Kunze, cit. p. 139 ss.; WIETHOLTER, Die GmbH CoKG Chancen und Grenzen, en Aktuelle Probleme der GmbH Co, 2. Aufl. 1969, p. 11 ss.; HESSLMANN, Handbuch der GmbH Co, 13. Aufl., Köln 1972, p. 25 ss..
- (84) Sobre este "desajuste funcional" vid. ya BALLERSTEDT, Gesellschafts- und Unternehmensrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, en Die Konzentration in der Wirtschaft, 2. Aufl., Bd. 1 (1971) p. 603 ss.; p. 609 nota 22; KNLR, Die

GmbH Co, en GmbH-Reform, cit. p. 1164 ss..

- (85) Con ocasión de los trabajos preparatorios del Código de Comercio de 1897, se propuso en la primera Comisión de expertos la introducción de un precepto que reconociese explícitamente la posibilidad de que una sociedad anónima o de responsabilidad limitada pudiese ser socio de una sociedad mercantil, con el fin de despejar cualquiera duda sobre la admisibilidad de este procedimiento. La propuesta no fué aceptada. Este hecho, unido a la concepción legislativa que parte inequívocamente de la idea de que sólo pueden ser socios de una sociedad de personas personas físicas, ha dado lugar a una larga polémica sobre la licitud de la GmbH CoKG.

- (86) Vid. HUECK, OHG, 4. Aufl. 1971, 2-1-2, p. 20; LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, cit. p. 136, 195; SCHLEGELBERGER-GESSLER, HGB 105, Anm. 25; SCHAFER G., Zulässigkeit und rechtliche Grenzen der GmbH Co, Diss. Frankfurt 1966 p. 33 con numerosas indicaciones.

- (87) Vid. sobre este tema la crítica de PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 67-68 y las indicaciones que se recogen a continuación. Sobre los aspectos organizativos de esta figura y la protección que la misma dispensa a los intereses de los terceros vid. SCHILLING, Die GmbH Co KG als Einheitsgesellschaft, en Wirtschaftsfragen der Gegenwart, Fest. für Barz, Berlin-New York 1974, p. 67 ss..

- (88) Vid. el Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Hrgb. von Bundesministerium der Justiz, Köln-Marienburg 1969 y el Regierungsentwurf de 1971.

- (89) Vid. por todos HEMAR/TERRE/MOBILAT, Sociétés commerciales, T. I, Paris 1972, p. 330 en relación con la p. 246.

- (90) Arbeitskreis GmbH-Reform (G. HUECK/M. LUTTER/H. J. MERTENS/E. REBHINDER/P. ULMER/H. WIEDEMANN/W. ZIOLLNER), Die Handelsge-

sellshaft auf Einlagen; Eine Alternative zur GmbH Co.KG, Heidelberg 1971; RAISCH, Handelsgesellschaft auf Einlagen, Festschrift für Knur, cit. p. 165 ss..

- (91) Sobre los aspectos dogmáticos de los elementos estructurales de las sociedades personalistas y en particular sobre el alcance definitorio e identificador de cada uno de ellos, vid. infra p.
- (92) Vid. especialmente SCHILLING, Rechtspolitische Gedanken, cit. p. 205-207, y sobre todo, recientemente; el mismo autor en Die GmbH CoKG als Einheitsgesellschaft, cit. p. 67 ss..
- (93) Vid. especialmente BARZ, Das Ende der GmbH CoKG NJW 1972, p. 465; SCHILLING, Die Handelsgesellschaft auf Einlagen, die GmbH Co KG und die GmbH-Reform, BB 1972, p. 1 ss..
- (94) Para una información de síntesis sobre este fenómeno vid. MESTMACKER, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, cit. p. 152 ss., 209 ss. y especialmente ROTH G., Das Treuhandmodell des Investmenrechts, Eine Alternative zur Aktiengesellschaft?, Frankfurt/M. 1972 y la extensa recensión a este trabajo de REUTER en ZHR 137 (1973) p. 404 ss..
- (95) Sobre el tema vid. ROTH, Das Treuhandmodell, cit. p. 245 ss.
- (96) ROTH, cit. p. 197 ss..
- (97) Más detalles en ROTH, p. 328 ss..
- (98) Sobre este tema IMMENGA, Aktiengesellschaft, Aktionärinteressen und institutionelle Anleger, 1971, p. 24 ss., sobre la experiencia en USA.

- (99) MESTMACKER, Verwaltung, Konzerngewalt, cit. p. 152 ss., 209 ss..
- (100) En este sentido también MESTMACKER, Verwaltung, cit. p. 213; IMMENGA, Die personalistische Kapitalgesellschaft, cit. p. 50.
- (101) IMMENGA, Aktiengesellschaft, Aktionärinteressen, cit. p. 24ss.
- (102) La profusa literatura existente sobre este tema hace superflua toda indicación bibliográfica en este lugar. Dado su carácter informativo puede remitirse a BARMANN, Europäische Integration im Gesellschaftsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970, p. 143 ss.; LUTTER, Juristische Analysen 1970, p. 509ss.
- (103) Para una distinción entre tipicidad legal y tipicidad social vid. básicamente HECK, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1920, p. 80, 245; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II (1965) 38, 1-2; BETTI, Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, en Festschrift für Wenger, München 1944, p. 249 ss. (p. 273 habla de la tipicidad social como mecanismo de selección de reglas privadas no reconducibles a esquemas negociables legalmente típicos).
- (104) Ha sido mérito de la doctrina suiza, sobre todo, el poner de manifiesto la conexión que existe entre el proceso de formación de leyes y el nacimiento de problemas estructurales en derecho de sociedades. Especialmente MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 45 ss.. La base se encuentra ya en KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg (Schweiz) 1967, p. 78 ss.; JOLIDON, Problemes de structure, cit. p. 445 ss.. El planteamiento de estos autores ha sido recibido en la doctrina alemana que, a través de una revisión crítica de sus conclusiones, ha ampliado notablemente la base del debate. Vid. por todos WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 95 ss. y allí más indicaciones.

- (105) El problema se ha planteado recientemente en Suiza con ocasión de la reforma del derecho de sociedades anónimas. Sobre este tema vid. ya R. BAR, Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 II (1966) p. 326 ss.; HIRSCH A., Problèmes actuels du droit de la société anonyme, ZSR 85 II (1966) p. 1 ss. (especialmente 3 ss.).
- (106) En derecho francés, lo mismo que en derecho español, puede constituirse una sociedad mercantil con objeto civil. A raíz de la reforma de 1966, las sociedades colectiva y comanditaria quedan sometidas a la regla de mercantilidad por razón de la forma (art. 1, párrafo 2), regla que en el derecho anterior se aplicaba ya a la anónima y a la comanditaria por acciones (art. 68 de la Ley de 24.7.1867) y a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 3 de la Ley de 7 de marzo 1925). Problema diverso es el del régimen aplicable a las sociedades que se constituyan adoptando alguna de las formas mercantiles de sociedad. A esta cuestión que en el derecho comparado se examina dentro del tema de la "comercialidad por razón de la forma", nos referimos más abajo. Vid. p.
- (107) Vid. PAULICK, Die eingetragene Genossenschaft, cit. p. 18 ss., 28, 31-32.
- (108) MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 105, nota 17.
- (109) Sentencia de 7.8.1962 BVerfGE 14, p. 263. Sobre una situación de abuso en supuestos de esta naturaleza, vid. con carácter general KRONSTEIN, Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung BB 1960, p. 221 ss. y RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, en Summum Ius, summa iniuria, Tübingen 1963, p. 145 ss. (p. 159).
- (110) Vid. sobre este tema KOHL/KUBLER/WALZ/WUSTRIß, Abschreibungsgesellschaften, Kapitalmarkteffizient und Publizitätszwang. Plädoyer für ein Vermögensanlagegesetz, ZHR 138 (1974) p. 1 ss.; SACK, Zur Rechtsnatur der sogenannten Steuerabschreibungsgesellschaften, BB 1974, p. 1657 ss.; FETSCH, Abschrei-

bungsgesellschaften. 'Gesetzesüberblick und Einzelfragen, en Festschrift für Knur, 1972, p. 65 ss..

- (111) Así expresamente en nuestra doctrina GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II- 1; cit. p. 21. En derecho alemán vid. sobre todo 'VON GIERKE J.; Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958, p. 41; HUECK, Das Recht der OHG, 4. Aufl. 1971 p. 3; BRECHER, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, 1953, p. 123; SCHLEGELBERGER-GESSLER, HGB 4. Aufl. 1963 105, Anm. 6; FISCHER, Großenkommentar HGB, 3. Aufl. 1967, 105, Anm. 11.

- (112) En este sentido la doctrina alemana más reciente. Vid. RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrecht; 1965, p. 122 ss., 186 ss.; 'DUDEN, Über Unternehmensziele, en Festgabe für Kunze 1969, p. 127 ss. (138); FABRICIUS, Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts, 2. Aufl. 1971, p. 23; SANDROCK, Die Einheit der Wirtschaftsordnung 1971, p. 13.

- (113) Esta última cuestión ha sido largamente debatida en la doctrina: Vid. sobre el particular BALLERSTEDT, Der gemeinsame Zweck, cit. p. 254; ESSER, Schuldrecht (2. Aufl.) 171, 1a; WESTERMANN, Handbuch, cit. Ziff. 8.

- (114) Vid. sin embargo la Resolución de LDGRN de 2 de febrero de 1966, según la cual no pueden considerarse verdaderas sociedades mercantiles aquellas uniones de personas que no persigan un fin económico lucrativo.

- (115) Así ya THOL, Handelsrecht, 5. Aufl. BD II, 1875, p. 111; recientemente DUDEN, Über Unternehmensziele, cit. p. 138.

- (116) BALLERSTEDT, op. cit. p. 256; WESTERMANN, Handbuch, cit. p. 8a, p. 20; SCHULZE-OSTERLOH, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, 1973. Sobre esta materia vid. infra p.

- (117) Sobre la existencia en tales casos de la persecución de ganancias como fin social común, vid. especialmente HUECK, OHG, cit. p. 3. Con un matiz distinto vid. en nuestra doctrina, GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 21.
- (118) Sobre el tema vid. SCHMIDT K., Haftungsprobleme der "bürgerlich-rechtlichen Kommanditgesellschaft", DB 1973, p. 635 ss.; BEYERLE, Gesetzliche Umwandlung einer OHG Co:KG in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, NJW 1972, p. 229; KORNBLUM, Die Auswirkungen der "gesetzlicher" Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine BGB-Gesellschaft auf die Geschäftsführung- und Vertretungsbefugnis der Gesellschafter, BB 1972, p. 1032ss..
- (119) Sobre la función de esta figura en el tráfico vid. BOGER/RAUPACH, Handbuch der steuerbegünstigten Kapitalanlage (1973) p. 45 ss., 56 ss.; KOHL/KUBLER/WALZ/WUSTRICH, Abschreibungsgesellschaften, Kapitalmarkteffizienz und Publizitätszwang. Plädoyer für ein Vermögensanlagegesetz, en ZHR 138 (1974) p. 1 ss..
- (120) Art. 1 de la Ley de cooperación de 2 de enero de 1942 y arts. 1 y 2 del Reglamento de Cooperación aprobado por Decreto de 11 de noviembre 1943.
- (121) Vid. en estos términos WESTERMANN, Neugestaltung des Genossenschaftsbegriffs, cit. p. 86, 87. En términos semejantes PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 53.
- (122) PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 23 ss.; DRAHEIM, Die Genossenschaft als Unternehmungstyp, 1952; p. 44 ss.; BALLERSTEDT, Gesellschaftsrechtliche Probleme, cit. p. 877. En un sentido crítico vid. SCHUTZ, Der Rechtsbegriff der Genossenschaft, p. 73 nota 197. Sobre la finalidad mutualística de la cooperativa vid. también GRAZIANI, Riv. Dir. Comm. 1950 I, p. 276.
- (123) Sobre esta nota conceptual vid. con carácter general, con relación al derecho italiano, FERRARA Jr., Gli imprendito-

ri e le società, Milano 1962, p. 174, 200, nota 22, p. 581 ss. con más indicaciones; GRAZIANI/MINERVINI, Manuale di Diritto commerciale, Napoli 1972, p. 151 ss.; RODIERE, Droit Commercial-Groupements commerciaux, 8ª ed., Dalloz 1972, p. 316 ss. respecto del derecho francés; art. 828 OR. El Código de comercio lo consagra de forma general -a excepción del supuesto recogido en el art. 124 en relación con el 116; 2ª y esta orientación es recogida, en términos inequívocos, por la ley de 1942 (art. 1).

- (125) Sobre las diferentes modalidades de aplicación de la cooperativa a finalidades no mutualísticas, vid. especialmente FORSTMOSER, Zur Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft, ZSR 90/I (1971) Fac. 3, p. 339 ss. y allí abundante bibliografía.

- (126) Así, por ejemplo, en la práctica suiza el Schweizerische Volksbank, institución de crédito que desde posiciones cooperativistas, estatutariamente definidas, ha transitado hacia una función de banco comercial, sin diferencias sustanciales con las de una sociedad anónima. Más detalles en FORSTMOSER, cit. p. 345 ss..

- (127) Vid. para el derecho suizo las consideraciones de FORSTMOSER, cit. p. 353.

- (128) Vid., con carácter general, STRICKRODT, Genossenschaft und Stiftung als Ordnungsstrukturen für Gesetzgebung und Rechtsgelbdepraxis, en Genossenschaften und Genossenschaftsordnung, Festschrift für Draheim, 2. Aufl. Göttingen 1971, p. 250 ss.; WESTERMANN, Gedanken zur Reform des Genossenschaftsgesetzes aus wissenschaftlicher Sicht, cit. loc. cit..

- (129) Sobre este tema vid., con carácter general, infra p.

- (130) En algunos países, como Suiza, la sociedad anónima, examinada desde el ángulo de su aplicación efectiva, constituye una forma jurídica típica de la pequeña empresa. Vid. OTT,

Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht,
Bern 1972, p. 22, n. 19; MENGIARDI, Strukturprobleme, cit.
p. 18.

- (131) La fungibilidad de las acciones constituye el expediente técnico que ha hecho posible, sobre todo, la canalización de recursos financieros hacia la empresa económica moderna cuya duración, desde un punto de vista teórico, queda garantizada de forma quasi-ilimitada. Así SCHMALENBACH, Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl., Köln-Opladen 1950, p. 11.

- (132) Así en los ordenamientos continentales hasta las recientes reformas de 1965 y 1966 en Francia y Alemania y de 1970 en Holanda. Sobre este tema, con referencia a la ley alemana de 1937, vid. el Regierungsentwurf zu einem Aktiengesetz. Deutsches Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV/171, Bonn 1962, p. 213. La nueva legislación, sin alterar esencialmente este esquema, ha introducido modificaciones importantes, sobre todo en Alemania.

- (133) Vid. WIETHOLTER, Interessen, cit. p. 319.

- (134) Vid. supra p. ; WIETHOLTER, Interessen, cit. p. 328; MESTMACHER, Verwaltung, Konzerngewalt, cit. p. 92; VAL-LENTHIN, Die Ausübung von Aktionärstimmrechten durch Banken, AG 1958, p. 207. Sobre el derecho americano vid. con carácter general BALLANTINE, On Corporation 1946, p. 397 ss..

- (135) Vid. WEISSER, Der Gewinn der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesellschaft und Aktionären, Berlin 1962, p. 30 ss..

- (136) Sobre la tipificación de este supuesto, con relación al derecho alemán y americano, vid. HARTMANN, Die grosse Publikumsgesellschaft und ihre Investor Relations, Berlin 1968, p. 12-13.

- (137) Vid. BERLE/MEANS, op. cit. p. 89.

- (138) Vid. supra p.
- (139) Una exposición de síntesis de las distintas orientaciones legislativas puede verse en GIRON TENA, Sociedades y Bolsa, en Coloquios de Derecho Bursatil, Bilbao 1970, p. 89 ss. (92 ss.).
- (140) Separándole de la fusión, el legislador ha consagrado todo el libro III de la ley de 6.9.1965 al fenómeno de las Verbunden Unternehmen (arts. 291-338). El libro está dividido en cinco partes. La primera (arts. 291-307) se dedica a los contratos de empresa (Unternehmensverträge); la segunda (arts. 308-318) a la disciplina del poder de dirección en el grupo y de la responsabilidad a él anudada en el doble supuesto de contrato de dominación y relaciones de dependencia en virtud de relaciones de hecho; en la tercera parte (arts. 319-327) se regula el supuesto de sociedades incorporadas (eingegliederte Gesellschaften); en la cuarta (art. 328) las empresas con participaciones recíprocas (wechselseitig beteiligte Unternehmen) y en la quinta (arts. 329-338) los problemas relativos a la rendición de cuentas de los grupos.
- (141) En Bélgica existen disposiciones aisladas que hacen referencia al problema de las agrupaciones de empresas a través de participaciones sociales; Así el art. 70 de las leyes coordinadas sobre sociedades, el art. 2 IV de la ley de 27.3.1957. Sobre el tema vid. RENAULD, la loi du 27.3.1957 en Rev. Prat. soc. 1957, p. 205 ss.; con carácter general, VAN RYN, Les méthodes de groupement des sociétés en droit belge, Rapports belges; VII Congrès International de Droit Comparé (CIDC) 1966, p. 151 ss.; VAN OMMEFLAGHE, Les Groupes de sociétés, Rev. Prat. Soc. 1965, p. 153 ss.,
- (142) Sobre las disposiciones legales relativas a este tema así como sobre el contenido del proyecto de ley Cousté sobre grupos de sociedades, vid. mi trabajo en RDM 1973.
- (143) Así el art. 154 de la Companies Act 1948 que establece cuándo una sociedad debe considerarse filial de otra, el art.

27 que prohíbe las participaciones recíprocas y el art. 54 sobre prohibición de prestar ayuda financiera para la adquisición de las propias acciones o de la sociedad madre; el art. 166 sobre inspección contable de las sociedades del grupo; el art. 18 de la ley 1968 sobre el deber de informar de los directores, los arts. 150 a 153 de la ley 1968 sobre la formación de balances consolidados. Sobre esta materia vid. SCHMITTHOFF/THOMPSON, Palmer's Company Law, 21 ed. 1968, p. 265; PENNINGTON, Company Law, 2 ed. 1967, p. 581; CAIN, Charlesworth's Company Law, 9 ed. 1968, p. 109 ss.; GOWER, The Principles of Modern Company Law, 3ª ed. 1969, p. 197.

- (144) En derecho italiano el problema se centra en torno al "controllo" de una sociedades por otras, cuestión a la que se refiere también el art. 5 del proyecto de reforma. Sobre esta materia vid. sobre todos PASTERIS, Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche, 1957 passim; FANELLI, Le partecipazioni sociali reciproche, 1957, p. 107 ss.; LIBONATTI, Holding e Investment Trust 1959, p. 154 ss..
- (145) Durante 1972 he llevado a cabo, con ayuda de la fundación March, un trabajo todavía inédito, bajo el título "Poder de dirección y responsabilidad en los grupos de sociedades", en el cual se aborda justamente este temario, en particular referido al derecho alemán.
- (146) Vid. sobre el tema, en relación a la sociedad de responsabilidad limitada, pero con argumentos aplicables a la sociedad anónima, SUDHOFF, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, München 1969, p. 45 ss..
- (147) Sobre esta cuestión SCHUMPETER, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl. 1955, p. 215 ss.; BOETICHER, Unternehmer oder Manager, 1963, p. 12-13.
- (148) Vid. especialmente LIMBACH, Theorie und Wirklichkeit, pages. 88-89, 101 ss.; ID., Der Referentenentwurf eines neuen GmbH-

Gesetzes, en Reform cit. p. 16 ss..

- (149) Sobre el tema vid. en nuestro derecho VICENTE Y GELLA, La responsabilidad limitada del empresario individual, RDM 1953, p. 1535 ss.; DE CASTRO, La sociedad anónima y la definición del concepto de persona jurídica, ADC 1949, p. 1397 ss.; PUIG BRUTAU, Comentario del traductor a la obra de Serick "Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles", p. 287 ss.; TRIAS DE BES, La limitación de la responsabilidad aplicada a las empresas individuales AAMN, 1948, p. 359 ss..
- (150) Desde esta perspectiva se examina prevalentemente este problema en la doctrina española. Vid. RUBIO, Curso de Derecho de Sociedades anónimas; cit. p. 429 ss. (432-433 especialmente); SANCHEZ CALERO, Instituciones, cit. p. 175.
- (151) La posibilidad de constitución de una sociedad anónima con un solo socio ha sido paulatinamente admitida en derecho alemán. En primer lugar la exigencia de un número mínimo de fundadores de la sociedad anónima desaparece en los casos de transformación de una sociedad de personas en sociedad anónima. En segundo término el art. 50 de la UmWG de 6.11.1969 ha admitido expresamente que el empresario individual pueda transformarse en sociedad anónima. Finalmente, la legislación sobre grupos de sociedades reconoce la existencia de la sociedad de un solo socio en el supuesto de sociedades incorporadas del parágrafo 319 AKG. Presupuesto: para que nazca el negocio de incorporación es, por un lado, que ambos contratantes sean sociedades anónimas y por otro que todas las acciones de la sociedad que va a ser incorporada se encuentren en poder de la que va a convertirse en sociedad principal, como consecuencia del negocio de incorporación o que esta última sea titular directo de al menos el 95% de las acciones. Vid. WURDINGER, Aktien und Konzerngesetz, 2. Aufl. p. 316 ss.. La doctrina y jurisprudencia son unánimes en admitir actualmente las sociedades de un solo socio. Sobre esta cuestión, vid. LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin-Frankfurt 1970, p. 31 ss.; MAYER-LANDRUT, en Großkommentar des Aktiengesetzes, Berlin-New York 1973, Anm. 30, parágrafo 1, págs. 56-57; GODIN-WILHEM, Aktiengesetz; Bd. 1, 4. Aufl., Berlin-New York 1971, Anm. 13, parágrafo 1, p. 10-11; WURDINGER, Die Einmann-Gesellschaft, en Dt. Landesreferate z. VII Intern. Kongress

f. Rechtsvergleichung 1967, p. 340 ss..

- (152) Vid. infra p. . Sobre la oportunidad de un tipo nuevo vid. sobre todo recientemente WIETHOLTER, Aktuelle Probleme, cit. p. 36.
- (153) Vid. sobre este tema REINHARDT, Gedanken zum Identitätsprobleme bei der Einmanngesellschaft, Fest. für Lehmann 1956, Bd. II, p. 576; SCHILLING, Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen, JZ 1953, p. 161 ss.. Para una crítica de la orientación de estos autores vid. MAYER-LANDRUT, cit. loc. ult. cit.. En términos generales ILGEN, Die Einmann-gesellschaft als atypische Gesellschaftsform im deutschen und französischen Recht, Diss. Köln 1969.
- (154) Vid. por todos, en la doctrina alemana, LEHMANN-DIETZ, cit. lo. cit.. Vid. art. 2362 del Codice civile italiano, cuya ratio es impedir que la sociedad venga usada no para el ejercicio colectivo de una actividad económica sino como un expediente para limitar la propia responsabilidad. A esta responsabilidad no queda sometido el socio único automáticamente, una vez inexistente la pluralidad, sino sólo cuando se dan los requisitos que la ley previene. Vid. por todos FERRARA Jr., Gli imprenditori, cit. p. 320-321 y allí más bibliografía. La orientación adoptada en el texto coincide, en lo esencial, con la seguida por GIRON FENA, Societàs Mercantiles, II-1, cit. p. 333 ss. (en particular 335).
- (155) Sobre este particular vid. ya HEYMANN E., Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts (1921).
- (156) Este hecho fué puesto de relieve sobre todo por los discípulos de Heymann: GEILER, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neuen Wirtschaftsrechts, 2. Aufl., Mannheim 1922 y, con especial referencia al derecho de sociedades anónimas, Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktiensrechts, Berlin 1927; KLAUSING, Wirtschaftsrecht, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Ernst Heymann, Bd. I, 1931, pags. 1 ss., 69 ss. y más

tarde en Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung im Vertrags und Gesellschaftswesen, DNotZ 1936, pags. 446 ss..

- (157) Vid. sobre este tema infra p.

- (158) FLECHTHEIM, Gutachten en Verhandlungen und Berichte des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft. Unterausschuss 1, Arbeitsgruppe 3: Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, Berlin 1930; GEILER, Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts, 2. Aufl. Mannheim 1922.

- (159) Sobre la influencia del derecho fiscal en la elección de las forma societarias vid. especialmente PAULICK, 'Atypische Gesellschaftsforme im Lichte des Steuerrechts, Festschrift für Nipperdey Bd. 2, München 1965, p. 843 ss..

- (160) El ejercicio orgánico de la gestión social hay que entenderlo en sentido amplio, comprensivo no sólo de la representación sino también de las actividades gestoras. Así FISCHER, NJW 1954, p. 777 ss. (778), admite expresamente la existencia en las sociedades personalistas de órganos que tienen por competencia junto a la expresión externa de la voluntad social la formación de esta última. Sobre este tema vid. infra p.

- (161) Vid. infra p.

- (162) Sobre el tema especialmente PLUM; Der fortschreitende Strukturwandel, pp. 150 ss.; ROMER, Nachfolge und Bestandsicherung der Personengesellschaften des Handelsrechts im Erbfall, Berlin 1963, p. 91 ss. con más indicaciones. Sobre la problemática de las empresas familiares en relación con este tema vid. por todos SCHNEIDER-ZARTMANN, Familienunternehmen und Unternehmertestament, Heidelberg 1963, p. 90 ss., 101.

- (163) Sobre el significado de la responsabilidad ilimitada para el crédito de la sociedad vid. las consideraciones críticas recogidas más abajo, p.
- (164) Así especialmente WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 214, con más indicaciones.
- (165) Vid. infra p.
- (166) La distinción entre órgano y portador de la posición jurídica de órgano, recogida en el texto, está tomada de la literatura alemana, que ha acuñado los conceptos "Organ" y "Organträger". Sobre este tema vid. por todos WOLFF H.J., Organschaft und juristische Person. Untersuchungen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen Recht, Bd. II: Theorie der Vertretung, Berlin 1934, p. 224 ss., 330 ss., 236 ss.. Wolff utiliza por lo general la terminología "Organen" y "Organwalter". Recientemente NITSCHKE, Die Körperschaftlich, cit. p. 98. Sobre toda esta materia vid. infra p.
- (167) BOESEBECK; Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt 1938, p. 10; LEHMANN H., Gesellschaftsrecht, Berlin 1959, p. 146, 148; WESTERMANN H.P., Handbuch der Personengesellschaften. Gesellschaftsrechtlicher Teil, Köln 1967, Cifra 787.
- (169) Sobre el tema con carácter general WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 253; HUECK G., Zur Tätigkeit des Kommanditisten im Dienst der KG, DB 1962, p. 1363.
- (168) Sobre este principio en las sociedades personalistas vease en particular G.HUECK, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht, München 1958, p. 42 y ss..
- (170) Con carácter general vid. WURDINGER, Betrachtungen zur inneren Struktur der Kommanditgesellschaft, Soz. Prax. 1938, p. 193.

- (171) A esta posibilidad se refiere expresamente HUECK, Gesellschaftsrecht, cit., p. 103, sub. 2. Para un estado actual del problema del comanditario con facultades decisorias en la empresa vid. WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 253 ss., con argumentos que de lege ferenda sería conveniente aplicar en nuestro ordenamiento.
- (172) Sobre este punto vease especialmente RASNER, Die atypische Stille Gesellschaft ein Institut des Gesellschaftsrechts, Bielefeld 1961, p. 60 ss.; AULINGER, Die atypische Stille Gesellschaft, Düsseldorf 1955, p. 25 ss.; PAULICK, Handbuch der Stillen Gesellschaft, Köln 1959, p. 98.
- (173) El llamado "commis interesse" tiene en estos casos la consideración de dependiente (así WURDINGER; Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personengesellschaften, cit. p. 168) salvo que se le concedan derechos de control, en cuyo caso conserva su posición de partícipe (WIELAND, Handelsrecht, 80. 1, München-Leipzig 1921, p. 467).z
- (174) El término relaciones administrativas no es bueno ya que con él se designan tanto las relaciones administrativas stricto sensu -dirigidas a la formación y realización de la voluntad directiva- como las relaciones sin relevancia para la impulsión y mantenimiento de la actividad empresarial. De suyo, habría que sustituir la terminología y hablar de relaciones comunitarias por contraposición a relaciones patrimoniales, como planos complementarios pero diferentes de las relaciones jurídicas internas. Ello facilitaría la comprensión, dentro de las relaciones comunitarias, de derechos de grado diverso en orden al ejercicio de las actividades dirigidas a la promoción del fin común. De acuerdo con esta finalidad, cabría hablar de derechos administrativos por una parte y de derechos comunitarios por otra. Así, en derecho alemán, con carácter general, STAUDINGER/GEILER/KESSLER, op. cit., parágrafo 705, Anm. 43 y ss., 79 y ss.. Para no introducir innovaciones terminológicas, siempre peligrosas, se mantiene la denominación tradicional no sin llamar la atención sobre los extremos que acabamos de indicar.
- (175) La expresión "relaciones jurídico-comunitarias", como denominación genérica dentro de la que se comprenden los derechos propiamente administrativos y los derechos escue-

tamente comunitarios, ha sido difundida por GEILER, (Staudinger kommentar zum BGB, II Band, 3 Teil, Anm. 79 y ss. al parágrafo 705 y adoptada por RASNER, Die atypische, cit. p. 49 y ss. (Para una indicación del estado de la doctrina alemana alrededor de este punto puede verse p. nota especialmente).

- (176) Se suscitan problemas en torno a la consideración del derecho de información, como derecho administrativo -en el sentido de que mediante un adecuado conocimiento de la situación patrimonial por la que atraviase el negocio, puede el socio ejercitar sus derechos específicamente administrativos- o como derecho patrimonial ya que se orienta en una dirección de esta naturaleza. (En este último sentido, HEINSHEIMER, Über die Testhaberschaft, cit. p. 47, 55 y ss.). La doctrina alemana se inclina unanimemente por la primera solución. Vid. RASNER, Die atypische, cit. p. 53 y allí bibliografía, y en este mismo sentido la doctrina española (vid. por todos GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 85).
- (177) Así, con carácter expreso, en derecho italiano, art. 2552, 1º C. Civile; en el que se establece que "la gestione dell'impresa, dell'affare spetta al associante". Esta es también la orientación seguida en el art. 335 y en la doctrina alemana (GESSLER, op. cit. Anm. 39-40-41, p. 1446; WEIPERT, op. cit. Anm. 60, p. 722; PAULICK, Die Stille, cit. p. 147 y ss.). En nuestro derecho está igualmente generalizada la opinión de que el partícipe no interviene en la gestión y ésta se lleva exclusivamente por el gestor. Vease GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II-1 p. 261; GARRIGUES, Tratado, cit. tomo III, vol. 1º, p. 201; SOLA DE CANIZARES, Derecho Comercial Comparado, III, p. 208 y ss.; LANGLE, Manual de Derecho Mercantil español, tomo I, Barcelona 1950, p. 341.
- (178) En este caso ha de aplicarse el art. 1707 del C. Civil. Esta misma es la solución que recoge la doctrina alemana cuando apela para este supuesto al art. 723 BGB. Vid. en este sentido, SCHLEGELBERGER/GESSLER, Handelsgesetzbuch, cit., Anm. 34 al parágrafo 335; PAULICK, Handbuch,

cit., parágrafo 12, I, 2d, p. 152-153 y allí más bibliografía; KOENIGS, Die stille, cit. p. 254; RASSNER, Die atypische stille, cit. p. 57 y 138 ss..

- (179) Para un examen más detallado de las limitaciones impuestas al gestor en el desempeño de su función, vid. KOENIGS, Die stille, cit. p. 152 ss.; PAULICK, Die stille, cit. p. 148 ss.; GARRIGUES, Tratado de Derecho Mercantil, cit. p. 202-203; LANGLE, Manual de Derecho, cit. p. 343 ss..
- (180) El grado de atribución al partícipe de derechos comunitarios varía de unos ordenamientos a otros. Así, en derecho español, los arts 239 a 243 del C. de Comercio no consagran a favor del partícipe otro derecho que el de rendición de cuentas por parte del gestor, una vez finalizadas las operaciones. A juicio de GIRON TENA la interpretación del art. 243 del C. de Comercio vigente en relación con el art. 358 del Código del 29, permite afirmar la existencia también en la ley de derechos de información y control a favor del partícipe (Sociedades Mercantiles, II-1; cit. p. 262). En derecho italiano, además de este derecho, el legislador establece en el art. 2552, un derecho de control sobre la marcha de la empresa o desenvolvimiento de los negocios, subordinado sin embargo su ejercicio a haber sido acordado previamente por los contratantes. En derecho alemán, bajo una terminología más o menos acuñada (Kontrolle-rechte, dentro de los que se comprenden los "Auskunft und Überwachttungsrechte", PAULICK, Handbuch, cit. p. 162ss.), el partícipe está facultado, conforme al art. 338, I, HGB, a exigir controles más amplios. Así, tiene derecho a recibir una comunicación escrita del balance anual y de la cuenta de pérdidas y ganancias, así como a examinar la corrección de llevanza de la contabilidad (338, 3 HGB). Para un tratamiento más detallado en los ordenamientos mencionados, vid. PAULICK, Handbuch, cit. p. 166; GARRIGUES, Tratado, cit., III, p. 204; KOENIGS, Die stille, cit. p. 162 ss..

(181) Vid. infra p.

(182) Con carácter indiscutible en la doctrina alemana vid. por

todos WEIPERT, Reichsgerichtsräte-Kommentar zum HGB, Bd. II, 2 Aufl., Berlin 1942, p. 743. En derecho español, según GIRON TENA, cuando se trata de una Cuenta más o menos permanente, el derecho de información existe y a él se refiere el legislador en el art. 243, cuando dice que al final se rendirá cuenta "justificada". Lo que sucede es que "este precepto, que viene del art. 358 del C. del 29, aunque haya modificado su redacción, sigue tomando como referencia la idea de 'negocio accidental'", conforme a la cual bastaba simplemente con la rendición de cuentas. (Sociedades Mercantiles, II-1, cit. p. 262. También URIA, Derecho Mercantil, cit. p. 417). Sin embargo, la tendencia generalizada es la de admitir este derecho sólo cuando medie acuerdo expreso. Así en derecho italiano, el art. 2552, 2º y un gran sector de la doctrina de aquel país (vid. MESSINEO, Manuale di Diritto civile e commerciale, Milano 1954, p. 9; FERRI, Manuale di Diritto Commerciale, cit. p. 390-391; VIVANTE, Trattato di Diritto Commerciale, cit. p. 582).

- (183) En derecho alemán, el art. 338, 1 y 3 HGB, faculta al partícipe para inspeccionar la contabilidad y exigir comunicación escrita del balance anual y de la cuenta de pérdidas y ganancias. Además, cuando concurren circunstancias importantes, puede el juez ordenar, a petición del partícipe, la comunicación del balance y otras aclaraciones, así como la presentación de libros y papeles, en cualquier momento.
- (184) El contrato puede disponer que la inspección de las operaciones no pueda realizarse personalmente por el partícipe sino por un tercero cuando el número de partícipes sea elevado y se hayan constituido en grupo. Este pacto, cuya validez en derecho alemán es discutida, al venir exigido que el ejercicio de este derecho sea personal (así por todos PAULICK, Handbuch, cit. p. 166; LEHMANN, Gesellschaftsrecht, cit. loc. ult. cit; en contra WEIPERT, Reichsgerichtsräte, cit. p. 726) no ofrece dificultad en nuestro derecho. Se trata tan solo de una variante o modalidad en la que el ejercicio de estos derechos se encomienda a un órgano de vigilancia.

- (184) GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II-1, cit.; GARRIGUES,
bis

Tratado, cit. p.

- (185) Para el examen de situaciones que pueden producirse a través de la regulación contractual de la gestión, vid. especialmente KOENINGS, *Die stille*, cit. p. 152 ss.; GESSLER, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, cit. p. 1447; WEIPERT, *Reichsgerichtsräte*, cit., Anm. 60-61 al parágrafo 335, en relación con el derecho de oposición; RASNER, *Die atypische*, cit. p. 76 ss.; PAULICK, *Handbuch*, cit. p. 98 ss.. El derecho de oposición del partícipe es abordado por la doctrina alemana como una consecuencia derivada de la regulación contractual de la gestión. Así vid. GESSLER, *Handelsgesetzbuch*, cit. loc. ult. cit.; WEIPERT, *Reichsgerichtsräte*, cit. loc. ult. cit.; KOENINGS, *Die stille*, cit. p. 156. También las doctrinas italiana y española se ocupan del tema en el marco de la libertad contractual que opera en las relaciones jurídicas internas. Por todos vid. en la doctrina española GARRIGUES, *Tratado*, cit. p. 204 y GIRON TENA, *Sociedades Mercantiles*, II-1, cit. p. 76-77.
- (186) El supuesto más frecuente, como señala RASNER, es sin embargo aquél en que, a través del contrato, se cede al partícipe la dirección interna de la explotación comercial (contabilidad, cálculo, revisión, planificación de ventas, etc.), mientras que el gestor se dedica, básicamente al aspecto técnico y a representar el negocio frente a terceros; las decisiones sobre las cuestiones más importantes son tomadas en común por ambos contratantes. De esta suerte, en el ámbito interno, se consagra una división funcional junto a una equiparación administrativa. Ninguno puede tomar resoluciones comprometedoras sin el concurso del otro socio. El gestor viene obligado a llevar la gestión no ya dentro de los límites immanentes que la naturaleza de ésta impone, sino a compartirla con el partícipe, dando con ello lugar a un cambio estructural sustancial (RASNER, *Die atypische*, cit. p. 75-76).
- (187) BOESEBECK, *Die Kapitalistische KG*, Frankfurt 1938, p. 14; HAUPT-REINHARDT, *Gesellschaftsrecht*, cit. p. 46; SCHLEGELBERGER-GESSLER, *Handelsgesetzbuch*, Berlin-Frankfurt 1968, Anm. 11 al parágrafo 125.

- (188) Sobre el alcance tipificador de estas notas vid. infra p.
- (189) La terminología usada por la doctrina no es uniforme. Se habla por lo general de "representación común" (HUECK, Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft, ZHR 125, p. 1 ss.) o de "cláusula de representante" (PFEIFFER, Zulässigkeit und Wirkungen der sogenannten Vertreterklausel bei der OHG, Diss. Berlin 1965 y recientemente WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 341 ss.). Particular interés presenta la expresión utilizada por WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München-Berlin, 1965, p. 385 ss. que califica este supuesto de "constitución de carácter representativo" (Representativverfassung).
- (190) En estos casos no se produce, según la opinión dominante, una unificación de los herederos que hiciera entrar a todos ellos como asociados o condóminos en relación con la parte en que se sucede. Sobre este punto, con indicaciones, WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, cit. p. 196 y recientemente BORNER, Die Erbgemeinschaft als Gesellschafterin einer OHG, AcP 166, p. 426 ss..
- (191) Sobre el tema vid. especialmente WESTERMANN, Vertragsfreiheit, p. 343 ss. (especialmente 350 ss.)
- (192) Una exposición de síntesis puede verse en WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, cit. p. 349 ss..
- (193) Sobre el tema vid. especialmente WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, cit. p. 342 ss. con más indicaciones; WESTERMANN, Handbuch der Personengesellschaften, juli 1971, I, p. 340 ss.; HUECK, Das Recht der OHG, 4ª ed. 1971, p. 416 ss.; SIEBERT, Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Festschrift für

Hueck, München 1969, p. 321 ss..

- (194) A esta conclusión llega WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, cit. p. 389, cuando afirma que el socio que permanentemente se hace representar por un tercero en el ejercicio de las facultades administrativas, configurándose la figura del representante como un órgano social, en realidad pierde esta facultad. En este mismo sentido WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 360.

- (195) Una exposición de síntesis y crítica sobre este tema en COHN, Zur Legitimationsübertragung con Inhaberaktien, ZHR 92, p. 337 (347 ss.); PUTTNER, Das Depotstimmrecht der Banken, Berlin 1963, p. 48 y ss. con más indicaciones.

- (196) El fenómeno, denominado en la doctrina alemana "Abspaltung", constituye uno de los supuestos típicos de ruptura del principio de autoorganismo de las sociedades de personas y ha dado lugar a una amplia literatura. En especial sobre este tema vid. WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, p. 274 ss.; WESTERMANN, Handbuch, cit., marzo 1973, I 226-226a; WESTERMANN, H.P., Vertragsfreiheit, p. 382 ss..

- (197) Sobre el supuesto de creación de cuotas sociales sin derecho de voto, con cláusula de cesión a un tercero de poder de decisión equivalente al que correspondería a esas participaciones sociales. Véase WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 383.

- (198) Sobre las modalidades que puede revestir el contrato en relación con este punto vid. BOESEBECK, Die kapitalistische KG, p. 49 ss.; RUTENFRANZ, Der "Beirat" im Gesellschaftsrecht, NJW 1965, p. 238 ss.; NITSCHKE, Die Körperschaftlich Strukturierte Personengesellschaft, p. 104 ss.; 286 ss..

- (199) Sobre las ventajas prácticas de esta fórmula vid. HUECK,

- (200) Esta es la construcción dominante en la doctrina. Los aspectos de este temario pueden verse en DURINGER-HACHENBURG-FLECHTHEIM, Handelsgesetzbuch, Anm. 7 al párrafo 222; recientemente, con más indicaciones bibliográficas, WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 398 ss.. Sobre la cesión legitimadora en las sociedades de personas y los problemas que este temario plantea vid. especialmente MOHRING, Geschäftsführung und Überwachungsausschüsse in Personengesellschaften, Juristen-Jahrbuch 1966/67, p. 123 ss. (132 ss.).
- (201) Sobre este punto verse por todos, WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 401 ss..
- (202) El principio de la "Fremdorganschaft", "Drittenorganschaft" como se denomina en la literatura alemana, ha sido objeto de un detenido examen en la doctrina y la jurisprudencia. Sobre el tema, al que volveremos más adelante, vid. MULLER, Drittorganschaft bei Personengesellschaften, NJW 1955, p. 1910; SCHOPP, Die Vertretung und Geschäftsführung durch Nichtgesellschaftler bei OHG und KG, Rechtspflger 1963, p. 186 ss.; JAEGER, Drittorganschaft bei der offenen Handelsgesellschaft, Düsseldorf 1966.
- (203) Más detalles sobre esta disciplina en WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 454 ss..
- (204) Así MULLER, Drittorganschaft, cit. loc. cit. y más recientemente WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, cit. p. 374. La necesidad de incorporar a la organización societaria elementos personales ajenos a la misma ha sido subrayada especialmente por NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 239, nota 119. En su opinión esta exigencia es tan fuerte que si no fuera posible, por razones dogmáticas, ponerla en práctica en las sociedades de personas, habría que buscar otra forma societaria que permitiese de algún modo acoger esta posibilidad.

- (205) Así expresamente en derecho alemán el Parágrafo 139 HGB.
- (206) En contra de la orientación seguida en el texto, BUCHWALD, Nichtgesellschaftler als Geschäftsführer bei der OHG und KG?, en Betr. 1957, p. 109, que entiende que en el conflicto entre el principio de autoorganismo de las sociedades de personas y el principio de libre elección del status jurídico de socio hay que dar prioridad al primero. En términos análogos, REUTER, Privatrechtliche Sschraken, cit. p. 180 ss. que niega la utilidad práctica del recurso a la Drittorganschaft para resolver los problemas aquí planteados.
- (207) Sobre las particularidades de esta construcción vid. NAEGELI, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderer Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschen und schweizerischen Recht, Bd. 1, Zürich-Berlin 1936, p. 270 ss. Sobre la literatura más reciente vid. WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 446 ss. y allí más indicaciones.
- (208) Véase en este sentido las cláusulas recogidas en el parágrafo 15 del Sindicato Teerzeugnis y del parágrafo 28 del Sindicato Phenol, recogidos en WuW 1958, p. 670 y 669 respectivamente. Sobre el tema LUKES, Der Kartellvertrag, München 1959, p. 54, 143; HELD, Rechtsformen zulässiger Kartelle, Köln-Berlin-Bonn-München 1963, p. 18, 98 ss..
- (209) RASCH, Deutsches Konzernrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1966, p. 83.
- (210) La participación de sociedades colectivas y comanditarias en la gestión de otras sociedades de personas es un supuesto menos frecuente. Su interés para nuestro trabajo es menor ya que no da lugar a la incorporación de elementos corporativos en la estructura de las sociedades personalistas. Sobre esta posibilidad vid. por todos GOGOS, Die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft, Tübingen 1953, p.

- (211) Vid. *supra* nota 83 y ss..
- (212) Como señala PLUM, *Der fortschreitende Strukturwandel*, cit. p. 166, es frecuente encontrar sociedades de responsabilidad limitada en las que la determinación del objeto social consiste en la "participación en la sociedad X ... como socio personalmente responsable y la asunción de la gestión y representación de la sociedad en los términos que se establezcan en el contrato social".
- (213) Así fué como se creó en Alemania el gran concerno de la industria eléctrica, bajo la forma de una GmGH KG en la que la Osram GmbH fué nombrada socio colectivo y las restantes -AEG, Siemens- comanditarios. Una exposición interesante de la importancia de esta figura en la vida económica alemana a principios de siglo, en ZIELINSKI, *Gründtypenvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht*, Marburg 1925, p. 29 ss..
- (214) A ello se refiere expresamente PLUM, *Der fortschreitende Strukturwandel*, cit. p. 162. En la práctica, sin embargo, el resultado es el contrario. Como ya hemos indicado con esta construcción se facilita el acceso de los no socios a la actividad administrativa de las sociedades personalistas.
- (215) Sobre esta hipótesis vid. HUECK, *Gesellschaftsrecht*, cit. p. 10-11; WESTERMANN, *Handbuch*, cit., julio 1971 I 114 a. Sobre las ventajas de la GmGH Co KG para la explotación de la empresa social vid. especialmente ZIELINSKI, cit. p. 18 ss.; PLUM, *Der fortschreitende*, cit. p. 169-170.
- (216) La obra de NITSCHKE, *Die körperschaftlich ...* constituye el estudio más completo y reciente sobre este tema, pero no es el primero. Especial interés tienen los trabajos de FLECHTHEIM, *Die kapitalistisch ausgestaltete Personalgesellschaft*, 1934; BOESEBECK, *Die kapitalistische Kommanditgesellschaft*, cit.; WURDINGER, *Betrachtungen zur Reform*, cit.; STEINER, *Die offene Handelsgesellschaft*, cit..

- (217) En los modelos de contrato examinados el término utilizado es el de "Vorstand" que, como es sabido, no responde exactamente a nuestro consejo de administración. Sin pretensiones de rigor técnico y a los solos efectos expositivos de este apartado pueden utilizarse ambas expresiones como equivalentes.
- (218) La existencia del organicismo de terceros no constituye, per se, un elemento caracterizador de la actividad administrativa desde el punto de vista corporativo. En los supuestos anteriores y en particular en las hipótesis examinadas sub cc) el contrato introduce este rasgo estructural sin que por ello las relaciones jurídico-sociales puedan calificarse de corporativas. Son por tanto los aspectos organizativos complementarios mencionados en el texto los que dotan a la figura social de este carácter.
- (219) Ejemplos tomados de la práctica pueden verse en BOESEBECK, Kapitalistische, cit. p. 86 ss.; STEINER, Die OHG und KG, cit. p. 153-154.
- (220) Así expresamente NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 101-102, 245 ss., 253 ss..
- (221) NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 102-103. Vid. infra p.
- (222) En la práctica alemana la terminología para designar estas agrupaciones de socios es muy variada. Se habla no sólo de asamblea (Versammlung) sino también de comisiones (Ausschuss) o consejos (Beirat). Sobre este punto NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 104. En especial sobre este tema vid. WURDINGER, Betrachtungen, cit. p. 134; HUECK, Gesellschaftrecht, cit. p. 98.
- (223) Sobre el tema vid. por todos SUDHOFF, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, München 1967, p. 135 ss..

- (224) Sobre este particular, especialmente NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 105 y allí más indicaciones.
- (225) NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. loc. cit..
- (226) La terminología es, también con este supuesto, variada. Aunque en la práctica no es infrecuente usar la denominación "Aufsichtsrat", que es la que más se adecua a la competencia efectiva atribuida al órgano, los socios para no acentuar excesivamente el parecido con las sociedades de capitales, prefieren usar otras expresiones, como "Verwaltungsrat" o "Beirat". Sobre esta cuestión por todos RUTENFRANZ, Der "Beirat" im Gesellschaftsrecht, NJW 1965, p. 238.
- (227) A este tema ya nos hemos referido, siquiera sea incidentalmente, al tratar de las facultades administrativas del comanditario y del partícipe. Vid. supra p.
- (228) Sobre esta construcción vid. BOESEBECK, Die kapitalistische, cit. p. 49 ss., '97 ss.; SCHLEGELBERGER-GESSLER, Handelsgesetzbuch, cit., Anm. 10 al parágrafo 109 HGB; WIEDEMANN, Übertragung, cit. p. 290 ss. y, con carácter general, las consideraciones hechas más arriba al hablar de la gestión. Hay que advertir, sin embargo, que así como las facultades de gestión y representación otorgan un poder activo y directo sobre la vida de la sociedad, cuyos resultados vinculan de forma inmediata a la sociedad y a los socios, el control representa sólo un poder pasivo y mediato, cuyo ejercicio no significa crear obligaciones o compromisos sociales frente a terceros. Este hecho tiene una importancia menor en el orden estructural y, consiguientemente, deja un margen más amplio a la intervención de terceros. Sobre la licitud de estas cláusulas, que rompen el principio de que el ejercicio del derecho de control sea personal, vid., con carácter general, infra p.
- (229) Vid. las cláusulas contractuales recogidas por BOESE-

BECK, Die kapitalistische, cit. p. 111-112; STEINER, Die OHG und die KG, cit. p. 154.

- (230) Así expresamente WESTERMANN, Handbuch, julio 1971, I 111-112. Ejemplos de contratos en PLUM, Der fortschreitende Strukturwandel, cit. p. 170; BOESEBECK, Die kapitalistische, cit. loc. cit.; STEINER, Die OHG und die KG, cit. loc. cit.; WURM-WAGNER-ZARTMANN, Rechtsformularbuch, p. 638.
- (231) WESTERMANN, Handbuch, cit., I 111.
- (232) Expresamente WESTERMANN, cit. I 112.
- (233) Un elenco de las mismas puede verse en WESTERMANN, Handbuch, cit. p. I 109-110.
- (234) Un estudio de cada uno de estos órganos especiales en NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 278 ss..
- (235) Sobre la pluralidad de significados del término "acuerdo" vid. HUECK, Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, Marburg 1931, p. 700 ss.. Sobre la caracterización del acuerdo como negocio jurídico vid. la opinión dominante en la doctrina, ESSER, Schuldrecht, parágrafo 95 II 3; LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, cit. p. 59-60; WURDINGER, Aktien und Konzernrecht. Eine systematische Darstellung, 3. Aufl., Karlsruhe 1973, parágrafo 24 I 1.
- (236) Sobre el voto como manifestación de voluntad vid. por todos LEHMANN-DIETZ, cit. p. 58 y allí más indicaciones.
- (237) Vid. NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 67 ss.

con amplia información bibliográfica.

- (238) Sobre este tema, en derecho alemán, vid. los párrafos 117, 127, 140 y 141 HGB. Con argumentos aplicables en lo sustancial a nuestro derecho vid. los comentarios sobre el "Einstimmigkeitsprinzip" en las sociedades personalistas de SCHLEGELBERGER-GESSLER-LEHMANN-DIETZ, cit. p. 99, 147; WESTERMANN, Handbuch, cit., octubre 1967, I 47 Rz. 70.

- (239) Vid. sobre el particular las cláusulas recogidas por BOESEBECK, Die kapitalistische, cit., párrafos 15 y 18, p. 87-88 y STEINER, Die OHG und die KG, cit., párrafo 7, Abs. 8, p. 153-154.

- (240) Así expresamente en derecho alemán los párrafos 140, 141 del HGB. Sobre este punto por todos SCHLEGELBERGER-GESSLER, Kommentar, cit., Bd. II, p. 1238 ss.

- (241) Sobre la interpretación de esta norma GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II-1, p. 231 ss. (234-235 especialmente). En derecho italiano se previene para supuestos análogos el régimen de mayorías. Más detalles en GRAZIANI, Diritto delle società, 5ª ed., Napoli 1963, p. 96; FERRI, Le società, cit. p. 230, n. 72.

- (242) La expresión "Cuenta de capital" es de origen germánico. Ejemplos sobre este supuesto en BOESEBECK, Die kapitalistische, cit. Anlage I, párrafo 9, Abs. 1; Anlage IV, párrafo 24, Abs. 2; párrafo 9, Abs. 4, p. 154.

- (243) En los restantes ordenamientos se parte, por el contrario, del tratamiento de la parte de socio como fija y abstracta y, por tanto, la fijación de los derechos administrativos del socio a través de su cuota social presenta menos dificultades.

- (244) Sobre el derecho español, GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 93 ss..
- (245) Vid. NITSCHKE, Die Körperschaftlich, cit. p. 82-83.
- (246) Vid. en este sentido los párrafos 120 ss., 167 ss. HGB.
- (247) En derecho alemán el párrafo 122 HGB reconoce en favor de los socios colectivos el derecho hasta un 4% de la cuota de capital determinada en el último ejercicio, salvo que, por dificultades de liquidez de la sociedad, el reparto ocasione un daño manifiesto a la misma. Sobre este punto vid. HUECK, Das Recht der OHG, cit., párrafo 17. III 3, p. 250 ss.; SCHLEGELBERGER-GESSLER, Ann. 7 ss. al párrafo 122 HGB, Bd. II. En derecho español esta posibilidad está expresamente reconocida en el art. 139 C. Com.; la cuantía debe ser determinada en el contrato.
- (248) Vid. párrafo 150 AKG. Sobre el tema vid. SUDHOFF, Der Gesellschaftsvertrag, cit. p. 165-166.
- (249) SUDHOFF, Der Gesellschaftsvertrag, cit. p. 166 ss., habla, en estos casos, de cuentas de préstamo (Darlehenskanten) y cuentas fijas (Festkonten). Como supuestos en que se permite disponer de las cantidades abonadas en cuenta se citan los casos de necesidad personal apremiante, pago de impuestos, etc.. Sobre este punto vid. el modelo contravtual recogido por BOESEBECK, Die kapitalistische, cit. p. 100; STEINER, Die OHG und die KG, cit., párrafo 12, cfr. 11 b, p. 156-157.
- (250) HUECK, Das Recht der OHG, cit. p. 242 refiriéndose a la formación de reservas ocultas en las sociedades de personas por razones basicamente fiscales.

- (251) Los parágrafos 155 Abs. 1 AKG y 42 Ziff. 4 GmbHG. Paralelamente a lo que sucede en la sociedad anónima, el contrato dispone que la distribución del beneficio neto entre los socios esté subordinado a la realización de asignaciones especiales a los administradores o a la constitución de fondos de saneamiento o, como se indica en el texto, de reservas en sus diversas modalidades.
- (252) Que el criterio de valorar la empresa en funcionamiento tiene prioridad respecto al valor de liquidación se afirma expresamente por HUECK, Das Recht der OHG, p. 333; SCHLEGELBERGER-GESSLER, Bd. II, cit., Anm. 17 al parágrafo 138 HGB. En estos mismos términos para nuestro derecho, GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II-1, cit. p. 238.
- (253) Vid. NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 352.
- (254) NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. loc. ult. cit..
- (255) La expresión "Atypische stille Gesellschaft mit Vermögensbeteiligung" está consagrada en la literatura jurídica alemana desde la aparición de la monografía de AULINGER, Die atypische stille Gesellschaft, Düsseldorf 1955, p. 19. Esta modalidad, en los términos que se señalan en el texto, está recogida unánimemente por la doctrina contractual. Así RASNER, Die atypische, cit. p. 60; PAULICK, Handbuch, cit. p. 98; WEIPERT, RGRK (HGB) Anm. 17 al parágrafo 335; SCHLEGELBERGER-GESSLER, Anm. 20 a. al parágrafo 335, Bd. II, cit.. Sin embargo, como señala este último autor, la fórmula dice bien poco; el acuerdo hay que entenderlo básicamente como un acuerdo de liquidación más que como acuerdo para cálculo de ganancias anuales, ya que esto depende de lo que sea la disciplina legal, cuestión esta que no está clara si comprende o no.

- (256) Vid. en este sentido sobre todo PAULICK, Handbuch, cit. p. 19-20, 257 ss.; BOTTCHER-ZARTMANN, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, Stuttgart-Degerloch 1968, p. 30, 96, 117 ss..
- (257) Aunque la ley no dice nada a este respecto, esta ha sido la interpretación dominante en la doctrina y en esta dirección se orienta la práctica comercial tradicional. Vid. sobre este punto concretamente SUDHOFF, Gewinnanteil und Auseinandersetzungssquote des stillen Gesellschafters, NJW 1960, p. 2121 ss. (2121-2122).
- (258) Así PAULICK, Handbuch, cit. p. 193; RASNER, Die atypische stille, cit. p. 62-63; KOENIGS, Die stille Gesellschaft, Berlin 1961, p. 189 ss.; SUDHOFF, Gewinnanteil, cit. p. 2122 ss.; FISCHER, Fragen aus dem Recht des stillen Gesellschafters, JR 1962, p. 201 ss. (204).
- (259) SUDHOFF, Gewinnanteil, cit. p. 2121, 2127; RASNER, Die atypische stille, cit. p. 64-65.
- (260) Vid. supra p. nota 15.
- (261) HALLSTEIN, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Auslandsrechten, Rabels Z 12 (1939) p. 341 ss. (356). Aunque este carácter capitalista no revista el mismo grado de intensidad en una sociedad que en otra, es pacífica en los ordenamientos continentales la opinión de que la sociedad de responsabilidad limitada ha sido configurada más como una especie de sociedad anónima sin acciones que como sociedad personalista sin socios ilimitada y personalmente responsables. Vid. con referencia al derecho alemán R. FISCHER, Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, en Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, p. 117 ss.; KUHN, Die Minderheitsrechte in der GmbH und ihre Reform, Hamburg 1964, p. 12 con más indicaciones. La nueva ley de reforma de las sociedades de responsabilidad limitada parte de la concepción de esta sociedad como sociedad predominantemente capitalista. En este sentido también nuestra legislación de 17.7. 1953. Sobre este particular vid. por todos URIA, Derecho Mercantil, 6ª ed., Madrid 1968, n. 392, p. 357.

- (262) GROSSFELD, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968, p. 5 ss.. Vid. sobre este tema en la literatura española GIRON TENA, Las grandes empresas, Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial, La gran sociedad anónima. Los grupos de sociedades, Méjico-Valladolid 1965, p. 37 ss. y passim.
- (263) Vid. especialmente, en relación con el derecho alemán, LIMBACH, Theorie und Wirklichkeit, cit. p. 87ss..
- (264) Vid. con carácter general MESTMACKER, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, cit. p. 4; WIET-HÖLTER, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961, p. 144 ss. con especial referencia al derecho americano; R. FISCHER, Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, en Festschrift für W. Schmidt, Berlin 1959, p. 117 ss.; MEIER-HAYOZ, Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft, en Festschrift für Walter Hug, Bern 1968, p. 377 ss..
- (265) La introducción de esta figura, como categoría independiente, tuvo lugar en la Zweite Verordnung zur Durchführung der Dividendenabgabeverordnung, de 5 de mayo de 1942, cuyo artículo 5 acuña por primera vez el término "Personenbezogene Kapitalgesellschaft". Sobre este tema vid. C.E. FISCHER, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berlin 1948, p. 43-44; PAULICK, Die eingetragene Genossenschaft, cit. p. 64-65.
- (266) Sobre el tema, con información de las legislaciones nacionales, vid. con carácter general O'NEAL, Close Corporations, Chicago 1958 (Supplements 1967). Así mismo HOFFMANN, New Horizons for the close Corporation in New York under its New Business Corporation Law, 28 Brooklyn L. Rev. 1(1961); LATTY, The Close Corporation and the New North Carolina Business Corporations Act 34 N.C.L.Rev. 432 (1956); WINTER, Remedies for oppression in Close Corporations in Indiana,

41 Ind. L. J. 256 (1966). Para un estudio comparado del derecho americano y continental vid. SCHNEIDER, The american Close Corporation and its German Equivalents; 14 Bus.Lawyer 228 (1958) y, especialmente, IMMENG, Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg 1970.

- (267) Vid. IMMENG, Die personalistische, cit. p. 16
- (268) Vid. por todos WIEDEMANN, Die nachträgliche Vinkulierung von Aktien und GmbH-Anteilen, NJW 1964, p. 282 ss.; MOHRING, Die nachträgliche Vinkulierung der GmbH-Gesellschaftsanteile, GmbH-Rdsch 1963, p. 201ss..
- (269) WIELAND, Handelsrecht, II cit. p. 307 ss..
- (270) Sobre el tema vid. con carácter general IMMENG, Die personalistische Kapitalgesellschaft, cit. p. 134 ss. en relación con la práctica jurídica en USA y allí más indicaciones.
- (271) Al fraude fiscal realizado por pequeñas compañías, en las que a pesar de su marcha próspera, pasan años sin repartirse dividendos, hacía referencia ya, en nuestro país, la Ley de Presupuestos y Reforma Fiscal de 1957. Sobre este particular vid. RUBIO, Curso de Derecho de Sociedades Anónimas, 2ª ed., Madrid 1967, p. 29.
- (272) Vid. por todos BALLANTINE, On Corporation, cit., p. 231. Sobre las correcciones jurisprudenciales a las facultades de los administradores en relación con la detención de beneficios, vid. también MESTMACKER, Verwaltung, cit. p. 37.
- (273) Sobre la situación en nuestro derecho vid. por todos con carácter general GIRON TENA, Sociedades Mercantiles (Lecciones), Parte especial II-2, 2ª ed. 1962, p. 439-440.

- (274) En derecho alemán vid. el art. 254 AktG 1965 que reproduce esencialmente el 209 del RefEnt. de la ley de sociedades de responsabilidad limitada. La solución legislativa ha sido objeto de crítica no sólo en cuanto a la magnitud del porcentaje establecido ~~4%~~ sino en cuanto a los presupuestos para impugnar el acuerdo social de retención de beneficios. Sobre esta cuestión vid. IMMENGA, Die personalistische, cit. p. 211-212.
- (275) Sobre estos lazos de confianza en el seno de la sociedad vid. MESTMACKER, Verwaltung, cit. p. 195 ss.; LATTIN, The Law of Corporations, Brooklyn 1959, p. 265. Con carácter general sobre la evolución del principio de lealtad del socio vid. sobre todo HUECK, Der Treuegedanke im Recht der OHG, Fest. für Rudolf Hübner, Jena 1935, p. 72 y, más tarde, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Jahrg. 1944/46, Heft 7, München 1947. Para la aplicación de este principio como instrumento de limitación de las mayorías vid. sobre todo FISCHER R., Der Minderheitenschutz im deutschen Aktienrecht, en Minderheitenschutz bei Kapitalgesellschaften, Hefte der Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen deutschen und italienischen Juristen, Heft 2, Karlsruhe 1967, p. 71 ss. con más indicaciones.
- (276) En este sentido vid. por todos GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II-2, cit. p. 436.
- (277) Así en algunos estados de USA. Sobre el tema vid. TINGLE, The Stockholder's Remedy of Corporate Dissolution, Missoula, Montana 1959, p. 52 ss.; IMMENGA, Die personalistische, cit. p. 196 ss..
- (278) GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II-1, cit. p. 315.
- (279) WIELAND, Handelsrecht, II, cit. p. 337.

- (280) El concepto "socios externos" se encuentra acuñado fundamentalmente en la literatura sobre grupos de sociedades. Sobre el tema vid. por todos WURDINGER, Aktien und Konzernrecht, cit. p.
- (281) Sobre este tema vid. IMMENGA, Die personalistische, cit. p. 369 ss., 412 ss. y allí más indicaciones, y ultimamente, CAEMMERER, Unterkapitalisierung und Gesellschaftsänderungen, en Quo vadis, ius societatum? Liber amicorum P. Sanders, Deventer v. s. Gravenhage 1972, p. 17 ss..
- (282) Sobre este tema vid. con carácter general, BALLERSTEDT, Corporations, 2ª ed. Chicago 1946 p. 119 ss.; LATTIN, The Law, cit. p. 66 y ss.. Dentro de la literatura europea hay que destacar, por su importancia, con posterioridad al trabajo ya clásico de SERICK, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Tübingen 1955, a DROBNIG, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Hamburg 1959; WIETHOLTER, Interessen und Organisation, cit. p. 196 ss.; REHBINDER, Konzern-aussenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1969, p. 125 ss..
- (283) Sobre este tema vid. especialmente REHBINDER, Konzern-aussenrecht, cit. p. 85 ss..
- (284) Vid. en la literatura alemana más reciente WIEDEMANN, Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz, in der GmbH en Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Heft 36, Frankfurt-Berlin 1968, p. 18; KÖHN, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964, p. 215; IMMENGA, Die personalistische, cit. p. 418 ss..
- (285) Vid. infra p.
- (286) SERICK, Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen, 1959 p. 32.

- (1) En este sentido BRUNETTI, 'Lezioni sulle società commerciali, Padova 1936, p. 28; AMLETTA, Il contratto di società commerciale, Milano 1937, p. 65; FERRI G., Società di commercio, società interne, società atipiche: variazioni su vecchio tema, en Studi in memoria di SCORZA, Roma 1940, p. 395 ss. (362-363 especialmente).
- (2) ROCCHI, Il fallimento delle società commerciali, Roma 1937, p. 12-14.
- (3) LA LUMIA, La atipicità delle società commerciali, Riv. dir. comm. 1938, I, p. 217 ss. (vid. pags. 223-224 para la revisión crítica del planteamiento de Rocchi).
- (4) ROCCHI, Sulla classificazione delle società commerciali anche in relazione alla loro atipicità, Riv. dir. comm. 1941, I, p. 297 ss..
- (5) LA LUMIA, La atipicità delle società, cit. p. 225. El planteamiento de La Lumia no tiene en este punto nada de original.
- (6) La identificación de los tipos mercantiles de sociedad en virtud de la responsabilidad contraída por los socios en las obligaciones sociales estaba expresamente recogida en el art. 76 C. com. de 1882. La doctrina italiana anterior a 1942 había adoptado, de acuerdo con la formulación legislativa, este criterio individualizador. Vid., entre otros, BOLAFFIO, Il diritto commerciale, Torino 1922, p. 42; DE GREGORIO, Delle Società, cit. p. 36; MANARA, Delle società e delle associazioni commerciali I, Torino 1902, pags. 420, 430; 448; NAVARRINI, Delle società e delle associazioni commerciali, commento al cod. comm., Milano 1924, p. 59 ss.; VIVANTE, Trattato di diritto commerciale, Milano 1923, p. 83.
- (7) Con esta clasificación, La Lumia toma partido en la vieja disputa en torno al problema de si la responsabilidad de los socios se concretaba en la alternativa responsabilidad ilimitada-irresponsabilidad o responsabilidad ilimitada-responsabilidad limitada. Esta última orientación había sido defendida principalmente por MANARA, op. cit. p. 453 ss. y VIVANTE, op. cit. loc. cit., que, si bien de acuerdo en lo sustancial del planteamiento, diferían en la forma de entender el ejercicio de la acción directa de los acreedores frente a los socios. En la doctrina italia-

na actual no existe todavía unanimidad sobre el contenido de esta responsabilidad. En particular se discute si la responsabilidad limitada del socio frente a los terceros comprende o no la responsabilidad patrimonial, es decir, los bienes destinados a garantizar al acreedor, que sería ilimitada en la medida del débito garantizado y, en segundo término, si el socio ilimitador responsable es solo responsable o deudor. Una recapitulación informativa y crítica de las distintas posiciones doctrinales puede verse en SPADA, La tipicità, cit. p. 32 ss..

- (8) LA LUMIA, La atipicità delle società, cit. p. 228-229
- (9) LA LUMIA, op. cit. p. 234-235
- (10) Vid. por todos DE GREGORIO, Delle società e delle associazioni commerciali, en Il Codice di commercio commentato, UTET, Torino 1938, p. 39. En este sentido la interpretación de GIRON TENA, Los conceptos y los tipos, cit. p. 83.
- (11) Sobre el tema, genericamente, BONELLI, I concetti di comunione e di personalità giuridica della teoria delle società di commercio, Riv. dir. comm. 1903 I, p. 285 ss.. Una crítica reciente de esta interpretación de los textos de LA LUMIA en SPADA, La tipicità ..., cit. p. 48, nota 63.
- (12) ROCCHI, Sulla classificazione ..., cit. p. 301.
- (13) Vid. supra nota 2.
- (14) Vid. supra.
- (15) Así la denomina DAL MARTELLO, Società tipiche e clausole atipiche (Il problema dell'autonomia contrattuale nel diritto delle società), Riv. dott. commercialisti 1960, p. 216 ss. (p. 221).
- (16) En estos términos, FERRI, Le Società, Torino 1971, p. 43; GRAZIANI, Sull'ammissibilità delle c.d. società atipiche, cit. pags.

466-467; DAL-MARTELLO, Società tipiche, cit. p. 225-226; GRECO, La società nel sistema legislativo italiano, Torino 1959, p. 58 ss.. Frente a esta regla de carácter general se admite sin embargo la constitución de sociedades extranjeras, supuesto al que se refiere el art. 2507 C. civile.

- (17) Vid. especialmente el trabajo de DAL-MARTELLO citado en la nota anterior, especialmente en la páginas 224 ss..
- (18) DAL-MARTELLO, op. ult.cit. p. 228; y antes del C. civile FERRI, Società di commercio cit. p. 362.
- (19) Como atípicas son calificadas la sociedad ocasional (vid. PAVONE LA ROSA, Società occasionale e impresa nel sistema del nuovo Cod. civ., en Ann. del seminario giur. dell'Università di Catania IV (1949-50) Napoli 1950, p. 326 ss. (p. 370-371 especialmente)) y la sociedad oculta (ROMANO-PAVONI, Teoria delle Società, cit. p. 211). En contra MESSINEO, Manuale di diritto civile e commerciale t. IV, Milano 1954, 153, p. 552.
- (20) Vid. supra. Expresamente DAL-MARTELLO sobre este tema, op. ult. cit. p. 227.
- (21) Vid. la excelente monografía de SPADA, La tipicità ..., cit. p. 72 ss. y passim. que constituye una revisión actualizada y crítica del derecho italiano en este sector.
- (22) En este sentido BRUNETTI, Trattato del diritto delle società, I, Milano 1948, p. 79 con más indicaciones.
- (23) FERRI, Manuale di Diritto Commerciale, 3ª ed. Torino 1972 n.º 179, p. 300; GRAZIANI/MINERVINI, Manuale di Diritto Commerciale, Napoli 1972, p. 103.
- (24) Vid. MIGNOLI, Le problème des types de sociétés en droit italien, en Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales, obra publicada bajo la dirección de Verrucoli, Tome I, Milano 1968, p. 370 ss. (pags. 382-383). Sobre los problemas de la "omologazione" vid. sobre todo OPPO, Forma e pubblicità nelle società di capitali, Riv. Dir.

Civ. 1966, I, p. 102 ss..

- (25) Vid. Introducción.

- (26) En este sentido PATRY, Les divers types de sociétés en droit suisse, en "Evolution et perspectives du droit de sociétés ..." cit. p. 415 ss. (p. 419). Mas detalles en MENGIARDI, Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, cit. p. 113-114. El sistema de concesión estaba de hecho limitado a la constitución de sociedades anónimas, según una práctica seguida en otros países.

- (27) Se parte de los principios de libertad contractual (art. 190 R) y de libertad de comercio e industria como directrices fundamentales de la actividad mercantil (art. 3) de la Constitución federal. Un estudio sobre la evolución histórica en esta materia puede verse en PATRY, Le contrôle de la constitution de sociétés anonymes en Suisse, ZSR 1962, p. 245 ss. (especialmente 274-275).

- (28) Vid. HOFFMANN A., Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationen rechts. Dem schweizerischen Justiz- und Polizeidepartament erstattet im Dezember 1923. Beilage zum Entwurf vom Dezember 1919, Bern 1920, p. 92; en los mismos términos el Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928 (Separatdruck), Bern 1928, p. 70.

- (29) PATRY, Les divers types, cit. p. 422.

- (30) Este es el término utilizado por PATRY, Les divers types, cit., loc. ult. cit..

- (31) Así, entre otros, BAR, R.: Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZbJV 95 (1959), p. 369 ss. (381); KOLLER A., Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg 1967, p. 96 ss.; SECRETAN, L'étendue de la liberté de choix entre les diverses corporations de droit privé, ZbJV 96 (1960) p. 173 ss. (174). Con precisiones de índole metodológica, este parece ser así mismo el pensamiento de MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 111 ss. (especialmente 116-117). JOLIDON, problèmes de structure, cit. p. 494 ss..

- (32) En estos términos, KOLLER, Grundfragen..., cit. p. 98.
- (33) La expresión "fijación de tipos" (Typenfixierung) ha sido atribuida, en derecho suizo, a MEIER-HAYOZ, en su Commentaire de droits réels, systematischer Teil, 1966, Anm. 41 (citado por JOLIDON, op. cit. p. 448). El problema había sido ya examinado por la metodología jurídica al tratar de la conversión de tipos "abierto" en "cerrados". Sobre este tema infra.
- (34) Criticamente sobre el fundamento político-jurídico del binomio forma-contenido, MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 168 ss..
- (35) Vid. NAEF K., Kennt das schweizerische Recht die Stille Gesellschaft? ZbJV, 96 (1960), p. 257 ss. (268).
- (36) La tesis de que el uso de una determinada forma jurídica depende de la existencia de un fin legalmente determinado y que la adopción de la figura sólo es posible en relación con este fin ha sido elaborada sobre todo en la doctrina alemana. En derecho suizo han desarrollado esta construcción, fundamentalmente

En la jurisprudencia tiene especial importancia la sentencia del Tribunal Federal de 11.9.1962 (BGE 88 II 1962 p. 209 ss.), conocida bajo el nombre de Miniera, en la que en base a una interpretación estricta del art. 59 II 26 B, se ha sentado el principio de que las grandes organizaciones económicas o profesionales no pueden existir como asociaciones de derecho civil sino que deberán transformarse en cooperativas dos años más tarde; con la sentencia de 10.11.1964 (BGE 90 II, 1964, p. 333 ss.) el Tribunal Federal vuelve a sus posiciones anteriores.

- (37) En este sentido sobre todo PEDRAZZINI, Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft? SJZ 52 (1956), p. 369 ss.. En relación con una sentencia del Tribunal Federal (BGE 81 II 1955, p. 520 ss.) sostiene este autor, frente a la doctrina dominante que el rasgo característica de las cuentas en participación es-triba en la posición soberana del socio externo. Esta distribución de poder entre gestor y partícipe, a pesar de venir regulada en el sector de las relaciones jurídicas internas de carácter administrativo, no son susceptibles de modificación porque expresan lo que es peculiar de esta institución. Vid. en esta misma dirección, aunque con una formulación menos categórica, BAR, Grundprobleme ..., cit. p. 384.

- (38) Sobre este problema, vid. KOLLER, Grundfragen ..., cit. p. 138-139. Desde una perspectiva crítica NAEF, Kennt das schweizerische Recht ..., cit. p. 279 ss.; MENGIARDI, Strukturprobleme ..., cit. p. 135.
- (39) En este sentido SEGWART, Die Zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Rektoratsrede, Freiburg 1936, p. 31 ss.; Sobre el problema vid. recientemente KOLLER, Grundfragen ..., cit. p. 139 ss. y allí más indicaciones.
- (40) Vid. infra.
- (41) Vid. PATRY, Les divers types ..., cit. p. 447 ss..
- (42) SECRETAN, L'étendue de la liberté de choix ..., cit. pags. 188-189; KOLLER, Grundfragen ..., cit. pags. 104-105.
- (43) Así la doctrina civilista más autorizada. Vid. entre los autores clásicos VON THUR, Allgemeine Teil ..., cit. p. 25; MANISK, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, Berlin 1935, p. 10. Más recientemente ENNECCERUS-ICHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. Tübingen 1954 27 I 2; LARENZ, Lehrbuch ..., cit. 7 IV, FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie. Festschrift DJT Bd 1, Karlsruhe 1960, p. 135 ss. (135-136); RAISER L., Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift DJT, Bd. 1, Karlsruhe 1960, p. 101 ss..
- (44) Sobre este tema LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil, 9 Aufl. München 1968, 5; DILCHER H., Typenzwang und inhaltliche Vertragsfreiheit NJW 1960, p. 1040.
- (45) En estos términos expresamente ENDEMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 8 Aufl., Berlin 1903, p. 594 ss.; COSAK, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. Bd. 1, Jena 1913, p. 143. Sobre la necesidad de limitar la autonomía contractual está de acuerdo toda la doctrina, WITERMANN HP, Vertragsfreiheit ..., cit. p. 26 y allí más indicaciones (nota 22).
- (45) Vid. el Protokolle der Commission zur Berathung eines Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetzbuches, Bd. 1, p. 167 ss.. En los

trabajos preparatorios de la comisión se parte del principio de libertad de autodeterminación en el ejercicio de actividades económicas y se rechaza, como innecesario, el establecimiento de medidas tutelares de los socios, fuera de las establecidas con carácter general en el parágrafo 138 BGB.

- (47) Sobre el primer punto, vid. las críticas formuladas, con motivo de la codificación, por GIERKE O., Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889, p. 252 ss.. En tiempos recientes, vid. sobre todo WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2 Aufl. Göttingen 1967, p. 483. En relación con la imprecisión técnica del término "derecho necesario", vid. ya CROME, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen-Leipzig 1900, p. 341 ss..

- (48) Vid. sobre el particular, GIERKE O., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, p. 569-570; WIELAND, Handelsrecht, cit. Bd. 1, p. 493. En la doctrina más reciente, vid. por todos HUECK, Gesellschaftsrecht 15 I; WESTERMANN, Handbuch Ziff. 8.

- (49) En este sentido ya LEONARD, Das Schuldrecht des BGB, Bd. 1, Allgemeines Schuldrecht, München-Leipzig 1929, 133, p. 292, si bien referido a la libertad contractual jurídico-obligacional. En los mismos términos RAISER, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, cit. p. 101 ss..

- (50) En este sentido la doctrina más autorizada: HUECK, Gesellschaftsrecht, 1 II; LEHMANN, Gesellschaftsrecht, 4 III 2; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, cit. 5 II a.

- (51) Vid. LARENZ, Methodenlehre, cit. p. 439 ss.. La caracterización del derecho de sociedades frente al derecho de cosas por el carácter abierto de los tipos sociales y el "cerrado" de los derechos reales, criterio mantenido tradicionalmente en la doctrina (LARENZ, op. ult. cit. loc. cit.; ESSER, Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, p. 5), no ha sido siempre admitido. Vid. en contra de esta distinción WIEACKER, Bodenrecht, Hamburg 1938, p. 111.

- (52) Influencias sociales y económicas han determinado una limitación de la autonomía contractual en relación con el parágrafo 544 BGB que regula el derecho de arrendamiento de vivienda, sobre los aspectos institucionales de esta disciplina y en particular

sobre los aspectos funcionales "formales" de la normativa contractual, vid. especialmente TEICHMANN, p. 108-109.

- (53) Sobre el tema, en cuyas particularidades no se puede entrar aquí, vid. sobre todo RAISER, Vertragsfunktion, cit. p. 130 ss., MEST-MACKER, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, p. 441 ss., y recientemente WIETHOLTER, Aktuelle Probleme, cit. p. 46.
- (54) El uso de esta expresión se ha generalizado en la moderna terminología jurídica. En las publicaciones más recientes sobre el tema de la autonomía de voluntad en derecho de sociedades está ya consagrada. Vid. entre otros trabajos WESTERMANN H. P., Vertragsfreiheit, cit. passim 35; REUTER, Privatrechtliche Schranken, cit. p. 68 .; KUHN, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964, p. 36 ss.,
- (55) Vid. esta distinción en ZOLNER, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963, p. 97. Recientemente WESTERMANN H. P., Vertragsfreiheit, p. 34 ss. y allí más bibliografía.
- (56) Vid. LEENEN, Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971, p. 62 ss. (66ss. especialmente).
- (57) Sobre este tema vid. en la literatura anterior, entre otros, FROLICH, Vom zwingenden und nichtzwingenden Recht, Diss. Zürich 1922; LAUFKE, Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht, Prag 1931. Sobre esta cuestión más detalles en WESTERMANN, Handbuch, cit. Ziff. 17.
- (58) LARENZ, Ergänzende Vertragsauslegung und dispositive Recht, NJW 1963, p. 737 ss. (738); SANDROCK, Zur ergänzenden Vertragsauslegung in materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Köln-Olpladen 1963.
- (59) WESTERMANN H. P., Vertragsfreiheit, cit. p. 50 ss..
- (60) RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz, en Summum ius,

summa iniuria (Ringsvorlesung, gehalten von Mitgliedern der Tübingen Juristenfakultät). Tübingen 1963, p. 145 ss. (p. 164). .. En términos análogos, PAULICK, Die eingetragene ..., cit. p. 75.

- (61) Sobre este punto, y en relación con las condiciones generales de la contratación, vid. WESTERMANN H.P., cit. p. 53-54 con más indicaciones.

- (62) Vid. una exposición de síntesis de esta doble orientación en LEENEN, Typus und Rechtsfindung ..., cit. p. 127 ss..

- (63) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil § 49 III, Bd. 1, p. 301 con numerosas indicaciones.

- (64) En este sentido especialmente WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 56.

- (65) La expresión "instituto jurídico" se utiliza aquí en el sentido de concepto normativo orientado a la regulación de fines de ordenación y de justicia material existentes en determinadas constelaciones de intereses sociales, distinto, por consiguiente, del término "institución" en el sentido técnico que esta expresión hoy tiene. En estos términos vid. GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht, München-Leipzig 1836, p. 124 y SIMITIS, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt 1957, p. 146.

- (66) Para la nueva evolución vid. PLUM, Der fortschreitende Strukturwandel, cit. p. 137ss..

- (67) Así BAUMBACH-HUECK, Aktiengesetz, 241, Anm. 7; WÄNDIGER, Aktienrecht 26 II 3. La referencia a la "esencia" se encuentra fuera del derecho de sociedades en la legislación civil, sobre todo en el sector del derecho matrimonial.

- (68) La equiparación entre "Wesen" y "Natur der Sache" se encuentra ya en RADBRUCH, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festsschrift für Laun, Hamburg 1948, p. 161 ss..

- (69) Vid. sobre las diferencias entre concepto y tipo infra.
- (70) La diferencia entre esencia (Wesen) y concepto (Begriff) en derecho de sociedades había sido puesta de manifiesto ya por GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, p. 440. En este mismo sentido vid. LARENZ, Methodenlehre; cit. p. 430; HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3 Aufl., Berlin 1964, p. 1. La distinción entre "esencia" y "tipo" es mucho más sutil que la anterior ya que el tipo representa en la literatura tradicional el conjunto de rasgos esenciales inalterables de las diferentes formas societarias. Pero mientras que el tipo expresa indistintamente la forma normal con que esa figura se presenta en el tráfico y el cuadro global de la regulación jurídica de ese complejo de carácter social, en la esencia se destaca más acusadamente este segundo aspecto. Sobre este punto vid. en particular H.P. WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 60-61.
- (71) Vid. infra p.
- (72) Sobre el tema en particular LARENZ, Methodenlehre; cit. p. 55; HECK, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, p. 66 y ss..
- (73) HECK, Begriffsbildung, cit. p. 75; STOLL, Begriff und Konstruktion in der Lehre von der Interessenjurisprudenz, Festgabe für Heck, Rumelin und Schmidt, Tübingen 1931, p. 60-67; WESTERMANN, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe 1954, passim.
- (74) Sobre la doctrina de la función de las estructuras lógico-materiales vid. por todos WELZEL, Naturrecht und materielle Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie, 2 Aufl., Göttingen 1955, p. 197-198. Sobre las discusiones acerca de la orientación adoptada en el texto, H.P. WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 66-67.
- (75) Vid. enfra p.
- (76) REINACH, Die aprioristischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts. Zur Phänomenologie des Rechts, München 1953, p. 220.

- (77) DEINBURG, Pandekten, Bd. I, 3 Aufl., Berlin 1892, p. 87.
- (78) Una exposición sumaria de la jurisprudencia puede verse en TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 4 ss..
- (79) RGZ 165, p. 260 ss. (p. 265).
- (80) BGHZ 10, p. 44 ss. (p. 48).
- (81) Vid. las referencias jurisprudenciales en TEICHMANN; Gestaltungsfreiheit, cit. p. 6-7 y allí más indicaciones.
- (82) Vid. el catálogo de opiniones recogidas en TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 8.
- (83) STANDINGER-GEILER-KESSLER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1954, Anm. 17 ss. al parágrafo 705 BGB.
- (84) DÜRINGER-HACHENBURG-FLECHTHEIM, Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 2. Hälfte, 3 Aufl., Mannheim 1932, Anm. 3 al parágrafo 105.
- (85) Vid. ya sobre el tema GIERKE, Genossenschaftstheorie, cit. p. 440-441. Sobre estos problemas vid. más abajo, en el cap. III, pags.
- (86) SCHEUERLE, Das Wesen des WISSENS, AcP 163 (1963), p. 429 ss.
- (87) Vid. infra todo el apartado.
- (88) TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 3.
- (89) Se acepta, como generalizada, la idea de que el planteamiento

de este tema ha sido obra de Betti en un trabajo aparecido en alemán bajo el título "Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts", en Festschrift für Leopold Wenger, Bd. 1, München 1944, p. 249 ss. (p. 264 ss.).

- (90) PAULICK, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel Gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954, en especial pags. 35 ss., 69 ss.. Las ideas de Paulick han sido recogidas y desarrolladas por Kuhn y sobre todo Ott, desde planteamientos político-jurídicos diversos. Sobre esta cuestión, vid. infra p.
- (91) PAULICK, cit. p. 70.
- (92) PAULICK, cit. p. 20.
- (93) Así BALLERSTEDT, Unternehmen und Wirtschaftsverfassung JZ 1951, p. 486 ss.; KÖHLER, Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform, JZ 1957, p. 136 ss.; MESTMÄCKER, Über die normative Kraft, cit. p. 443; RAISER, Die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, Verh. des 39 DJT (1951) p. 357 ss..
- (94) Wirtschaftsrecht, Beiträge zum Wirtschaftsrecht (für Ernst Heymann) en Arbeiten zum Handels-Gewerbe und Landwirtschaftsrecht, Bd. 62 (1931) p. 1 ss..
- (95) Sobre este temario vid. en términos generales, BALLERSTEDT, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, .. en Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II, Berlin 1960, p. 871 ss. (877 especialmente).
- (96) Vid. el debate entre BOHM, Wettbewerb und Monopolkamp, Berlin 1933, p. 124 y NIPPERDEY, en ISAY/NIPPERDEY, Die Reform des Kartellrechts, Zwei Referate, Berlin 1929, p. 46 ss..
- (97) Para un acercamiento a esta problemática, ya en esta época, vid.

WIELAND, Handelsrecht, cit. p. 503; BOESEBECK, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, cit. p. 67; DURINGER-HACHENBURG-FLECHT-HEIM, Handelsgesetzbuch, cit., Anm. 6 al parágrafo 164; WURDINGER, Gesellschaften, 1 Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937, p. 32 ss.; MULLER-ERZBACH, Die Haftung und die Vermögensbeteiligung der Kommanditisten und der stillen Gesellschaftens, cit. p. 737 ss..

- (98) Vid. especialmente el trabajo de EUCKEN, Grundlagen der Nationaleconomie, 8 Aufl. 1965, p. 52 ss., 240ss.; LUKES, Zum Verständnis des Wettbewerbes und des Marktes in der Denkkategorie des Rechtes, en Festschrift für Böhm, Karlsruhe 1965, p. 199; MERZ, Kartellrecht. Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit, Fest. für Böhm, cit. p. 227 ss..
- (99) La conexión entre poder de dirección y responsabilidad patrimonial ha sido sostenida, como un postulado de lege ferenda, ya antes de la segunda guerra, por MULLER-ERZBACH, Die Haftung und die Vermögensbeteiligung der Kommanditisten und der stillen Gesellschaftens, cit. loc. cit.; WURDINGER, Gesellschaften, cit. loc. cit.. Como principio de lege data vid. unos años más tarde, GROSSMANN-DOERTH, Zum Reform der Kommanditgesellschaft. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtung. AcP 147 (1947), p. 1 ss..
- (100) Así HAUPT-REINHARDT, 4 Aufl. (1952), p. 79; C. FISCHER, Die GmbH, Wiesbaden 1948, p. 102.
- (101) Vid. sobre este punto BALLERSTEDT, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949, passim (en especial 18-19, 36-37).
- (102) En este sentido BIEDENKOPF, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, Fest. für Böhm, cit. p. 113 ss. (119-120 especialmente).
- (103) KUHN O., Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964, p. 1.
- (104) KUHN, cit. p. 233.

- (105) KUHN, cit. p. 36 ss., 151 ss.,.
- (106) KUHN, cit. p. 169.
- (107) OTT, Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, diss. Tübingen 1966.
- (108) OTT, Typenzwang, cit. p. 52 ss., 161-162.
- (109) OTT, Typenzwang, cit. p. 215 ss. en relación con el contenido ordenador de la limitación de responsabilidad en la sociedad comanditaria. En el sentido de identificar la función ordenadora objetiva de la sociedad en ser una organización destinada al ejercicio de una actividad empresarial, vid. BRECHER, Subjekt und Verband, Prolegomena zu einer Lehre von den Personenzusammenschlüssen, Fest. für A. HUECK, München und Berlin 1959, p. 233 ss. (238).
- (110) OTT, Typenzwang, cit. pags. 245 ss. Vid. ya en este sentido BALLERSTEDT, Unternehmenskonzentration, cit. p. 872, donde se alude a la interna conexión de los singulares sectores normativos en interés de la aptitud funcional del todo. Igualmente REINHARDT, Die Gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, en Verhandlungen des 39 DJT, Tübingen 1952, p. 35ss.
- (111) En estos términos ya MESTMACKER, Über die normative Kraft, cit. p. 442.
- (112) OTT, Typenzwang, cit. p. 39. En los mismos términos ya KUHN, Strohmangründung, cit. pags. 36, 152.
- (113) REUTER, Privatrechtliche Schranken, cit. pags. 15., 29 ss.
- (114) Por un tratamiento general de esta problemática, vid. por todos la síntesis actualizada y crítica de KUNZE, Unternehmens-träger-Stiftung und Unternehmensrechtsreform, en Festschrift für Barz, cit. p. 171 y allí más indicaciones. En derecho espa-

No existen ya algunas aportaciones importantes, LOPEZ JACOISTE, La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones, RDP XLIX (1965), p. 575 ss. (p. 606 ss. especialmente) y sobre todo el trabajo de VALERO AGUNDEZ, La fundación como forma de empresa, Valladolid.

- (115) Sobre las funciones económicas del principio de competencia, vid. SACKER, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, Düsseldorf 1971, p. 15; KANTZENBACH, Die funktionsfähigkeit des Wettbewerbes, 2 Aufl., Göttingen 1967, p. 16 ss.. Sobre el tema vid. en particular GALBRAITH, Die moderne Industriegesellschaft, München-Zürich 1967, p. 33 ss..
- (116) REUTER, cit. p. 61-62, distingue entre libertad contractual y autonomía estatutaria (Satzungsautonomie) a las que atribuye condiciones funcionales diversas. La primera se refiere a la actividad realizada por varias personas que se agrupan para la realización de sus propios intereses; aquí no operan otros límites que los derivados de las normas de derecho necesario (art. 134 BGB) y de las buenas costumbres (art. 138 BGB). En el segundo caso se trata por el contrario de la constitución de una sociedad cuya finalidad es la realización con carácter permanente de una idea directiva de índole ideal o material, independientemente de los intereses personales de cada uno de los asociados. Los estatutos, como acto creador de derecho entre los socios, determinan los límites y el alcance de la vinculación de sus normas. Es en este último aspecto donde cabe hablar de límites immanentes por razones de constitución económica (p. 68 ss.). Vid. una exposición de las conclusiones principales de este trabajo en Privatrechtliche Schranken, cit. pags. 138-140, 272-275, 451-459.
- (117) Sobre este tema, vid. especialmente REUTER, Privatrechtliche Schranken, cit. p. 460. Para una apreciación crítica de esta tesis, vid. la recensión realizada por PAULICK, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, ZHR 138 (1974) p. 387 ss. (p. 397 ss. especialmente).
- (118) Vid. para una introducción general al tema, RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz, cit. toda la primera parte y p. 143 ss.; MULLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, Tübingen 1962, p. 60 ss., 73 ss.); ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, p. 36-37, 87-88 y passim; FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, cit. p. 135 ss.. Recientemente sobre todo TEICHMANN, Gestaltungs-freiheit, cit. p. 17 ss. y passim.
- (119) WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 62.

- (120) Vid. sobre la incapacidad de los conceptos para aprehender el sentido institucional de una regulación en especial LARENZ, Methodenlehre, cit. p. 418-419. Sobre la formación de los conceptos, vid. infra p. y allí bibliografía.
- (121) La idea había sido formulada ya por SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Band I, Berlin 1840, 5, pags. 9-10. Vid. el desarrollo de la misma en FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 9 Aufl., München 1966, p. 159 ss..
- (122) Sobre el tema, vid. recientemente H.P. WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit. p. 62.
- (123) El pensamiento de RAISER aparece recogido en diversas publicaciones. Vid. especialmente Wirtschaftsverfassung als Rechtsprobleme, en Fest. für Gierke, ^{Berlin} (1951), p. 181 ss.; Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, cit. p. 1 ss.; Rechtsschutz und Institutionenschutz, cit. p. 145 ss..
- (124) RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz, cit. p. 145 ss., 161 ss.; en esta misma dirección vid. más tarde KUHN, Strohmanngründung, cit. p. 35 ss., 50 ss.; BALLERSTEDT, Kapital, Gewinn und Ausschüttung, cit. p. 2; MESTMACKER, Konzerngewalt ..., p. 23 ss.; WIETHÖLTER, Interessen und Organisation ..., p. 27-28.
- (125) RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz, cit. p. 147, referido al sistema del derecho privado. Instituciones son para este autor ^{no} sólo los tipos legales contractuales -entre ellos la sociedad (op. cit. p. 164)- sino la constitución económica (op. cit. p. 166) e incluso la libertad contractual (Vertragsfunktion, cit. p. 134).
- (126) RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz, cit. p. 163 ss.. Al tema del abuso de las instituciones, como límite a la autonomía contractual, se habían referido ya algunos autores, si bien en términos menos coherentes que los formulados por Raiser. El abuso venía configurado como una instancia indeterminada, como un límite de contenido impreciso (vid. por ejemplo HUECK, OHG, cit. p. 36); otras veces se identifica como la actividad que lleva al tercero, conscientemente, a error (GESSLER,

en Schlegelberger/Gessler, Anm. 14 al parágrafo 164 HGB) o, más concretamente, cuando el destino de la empresa pasa a manos de un comanditario o de un tercero que carece de bienes personales con que responder de su actividad (WEIPERT, Reichsgerichtsräte. Kommentar zum HGB; Bd II, parágrafos 105-177, 335-342 HGB, 2. Aufl. Berlin 1942, Anm. 16 al parágrafo 164). Raiser no sólo acierta al proponer una construcción homogénea del tema -a través de la teoría institucional- sino que conecta el tema del abuso de los institutos jurídicos a valores superiores de constitución económica. Es aquí donde radica la novedad y el interés de su aportación.

- (127) TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. . Vid. mi recensión a esta monografía en Revista de Derecho Mercantil, nº 117 (1970), pags. 506-512.
- (128) TEICHMANN, cit. p. 26 y ss..
- (129) TEICHMANN, cit. p. 35 ss..
- (130) TEICHMANN, cit., pags. 96 ss..
- (131) TEICHMANN, cit. p.
- (132) Contrariamente a lo que sucede en las monografías alemanas más recientes sobre el tema de la libertad contractual en derecho de sociedades, que se limitan a la problemática de las sociedades personalistas -vid. especialmente H.P. WESTERMANN, Vertragsfreiheit, cit., NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte, cit.; HUBER, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970;-el trabajo de Teichmann se extiende a todas las formas legales de sociedad.
- (133) TEICHMANN, cit. p. 182 ss..
- (134) TEICHMANN, cit. p. 202 ss.. Sobre este problema vid. recientemente-

te, con más detalles, REUTER, Privatrechtliche Schranken, cit. p. 22.

- (135) TEICHMANN, cit. p. 116 ss., 191 ss..
- (136) En la doctrina española, el significado de la atipicidad en derecho de sociedades ha sido examinado basicamente por GIRON TE-NA, en Los conceptos y tipos de sociedades de los códigos civil y de comercio y sus relaciones, en Estudios Centenario de la ley del Notariado, cit. p. 39-40, 82 y ss. y posteriormente en Apuntes de Derecho Mercantil 1º (Sociedades, Parte General), Madrid 1973-1974, pags. 26-27. Las referencias contenidas en estos trabajos, a pesar de su carácter introductorio, permiten una aproximación al problema de la atipicidad desde una perspectiva rigurosa y actualizada. Dentro de este mismo carácter introductorio, vid. DUQUE DOMINGUEZ, Sociétés commerciales et types de sociétés en Droit espagnol, en Evolution et perspectives, cit. p. 297 ss. (pags. 301 ss.). Una sucinta referencia al problema de la tipicidad societaria puede verse, así mismo, en VALERO AGUNDEZ, La fundación como forma de empresa, Valladolid 1969, pags. 114 ss.
- (137) El fenómeno de la atipicidad societaria y en particular el problema de la libertad contractual en Derecho de sociedades, no ha sido objeto de atención tampoco por los Manuales, más allá de los términos señalados en el texto. Una idea de la posición de la doctrina española ante este temario la da un reciente trabajo del Prof. GARRIGUES en la Revista de Derecho Mercantil (GARRIGUES, Teoría general de las sociedades mercantiles, RDM 131 (1974) p. 7 ss., en particular las pags. 28 ss.. Para el ilustre jurista el tema de las sociedades atípicas se limita por un lado, a los supuestos de utilización de la vestidura jurídica de la ley para fines personales, y en especial al fenómeno de las sociedades que llama ficticias -como la sociedad de un solo socio (pags. 31 ss.)- y, en segundo lugar, al problema de las sociedades internas (pags. 29-30). Con ello no sólo quedan fuera de este temario problemas de carácter técnico, tales como el abuso de la personalidad jurídica; fraudes fiscales, responsabilidad ilimitada del socio único, etc. -aspectos que el autor renuncia de antemano a examinar- sino la cuestión central de caracterización de la atipicidad social y el tema de los límites a la misma. Esta es, en líneas generales, la orientación del resto de la doctrina, en los pocos casos que el problema viene mencionado.

- (138) Vid. *infra* capítulo III.
- (139) Sobre las particularidades de esta evolución, vid. DUQUE DOMINGUEZ, op. cit. p. 302; GIRON TENA, Los conceptos y los tipos, cit. p. 86.
- (140) El art. 9 del Decreto 3.359/1967 de 23 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Impuesto General sobre la Renta de Sociedades y demás entidades jurídicas, al enumerar los sujetos pasivos de este impuesto, menciona en el apartado A) a las sociedades civiles y mercantiles "cualquiera que sea su forma y objeto social". Esta indicación no puede interpretarse sin embargo como una referencia a sociedades distintas de las legales ya que esto chocaría contra la sistemática de la ley que parte de la distinción entre sociedades de personas y de capitales para hacer objeto a estas últimas de un tratamiento fiscal más riguroso. Vid. en este sentido también GIRON TENA, Los conceptos y los tipos, cit. loc. ult. cit..
- (141) Sobre este tema vid. por todos GIRON TENA, Conceptos y tipos, cit. pags. 55 y ss. en relación con el tema de la función de sociedad general de las colectivas. Sobre la problemática específica de las sociedades irregulares, GIRON TENA, Las sociedades irregulares, ADC 1951, pags. 1291 ss..
- (142) Sobre el carácter de la sociedad cooperativa vid. por todos SANCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, Valladolid 1970, p. 244; BROSETA PONT, Manual de Derecho Mercantil, Valencia 1971, p. 295 con más indicaciones.
- (143) GARRIGUES, Teoría general de las sociedades mercantiles, cit. pags. 19ss. (p. 22 especialmente).
- (144) La opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia tradicionales ha sido la de considerar el *animus lucri* como un elemento esencial del concepto de explotación mercantil. Así, por ejemplo, en Alemania VON GIERKE J., 'Handels und Schiffahrtsrecht', 8 Aufl. 1958, p. 41; BRECHER, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, 1953, p. 123; recientemente A. HUECK, Das recht der OHG, 4 Aufl., 1971, p. 3. En los últimos años esta orientación ha sido objeto de una crítica rigurosa en el sentido de destacar el carácter típico del ánimo de lucro negando, al mismo tiempo, su esencialidad desde el punto de vista conceptual. La bibliografía es en este punto bastante amplia. Especial interés

tienen los trabajos de P. RAISCH, Geschichtliche Voraussetzungen, 'dogmatische' Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965, p. 122 ss., 186 ss.; DUDEN, Über Unternehmensziele, en Festgabe für O. Kunze, cit. p. 127 ss. (138); FABRICIUS, Grundbegriffe des Handels und Gesellschaftsrechts, 2 Aufl., 1971, p. 15, 23. Sobre este tema, y en relación con la esencialidad del fin lucrativo para la determinación conceptual del contrato de sociedad, vid. infra.

- (145) Vid. ERMAN-WESTERMANN, BGB, 5 Aufl. Bd. 1 (1972) 21 Anm. 2; LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 2 Aufl. (1972) p. 118; LEHMANN/HUBNER, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, 15 Aufl. (1966) p. 445; SOERGEL/SCHULZE -VON LASAULX, BGB Bd. 1, 10 Aufl. (1967) 21 Anm. 4, 10, 13. En este mismo sentido en nuestra doctrina, GIRON TENA.

- (146) Sobre este tema vid. recientemente el excelente trabajo de SACK R., Der vollkaufmännische Idealverein, ZGR 2(1974), pags. 179 ss., en el que se propone una reconstrucción crítica de todo este temario (vid. pags. 205 ss. para las conclusiones) desde el punto de vista del derecho positivo alemán.

- (147) La cuestión ha sido propuesta, a nivel puramente dogmático, por RAISER I., Das Unternehmen als Organisation, 1969, y aplicada a nuestro tema con referencia al derecho alemán especialmente por K. SCHMIDT, Zur Kaufmann-fähigkeit von Gesamthandsgemeinschaften, JZ 1973, p. 299 ss. (300-301 en particular).

- (148) Sobre este aspecto vid. REINHARDT, Die Abgrenzung zwischen Vereinigungen mit oder ohne "wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb", en Festschrift für Paulick 1973, p. 3 ss..

- (149) DE CASTRO, El negocio jurídico, Madrid 1967, p. 205. Sobre la problemática de los negocios atípicos vid. además JORDANO BARRERA, Los contratos atípicos, RGLJ 101 (1953), pags. 51 ss. (en especial p. 68 ss. sobre la naturaleza y estructura de estos contratos). Con carácter general CASTAN, Derecho civil español IV, Madrid 1961, pags. 14 y ss..

- (150) GIRON TENA, Sociedades mercantiles (Lecciones) I Parte General, 3ª ed., Valladolid 1967, p. 44 ss.; Id., Apuntes de Derecho Mercantil, cit. pags. 28-29.
- (151) En estos términos, expresamente, RADBRUCH, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, en Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, Bd. XII, Brün 1938, p. 46 ss. (p. 54); KAUFMANN, Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur lehre vom Typus, Karlsruhe 1965, p. 37.
- (152) Un elenco de los estudios sobre este tema resultaría imposible, dado el elevado número de publicaciones existentes, y en todo caso superfluo a los efectos de este trabajo. Nos remitimos a las obras fundamentales, a través de las cuales el interesado puede completar la información bibliográfica. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2 Aufl.. Berlin 1969, pags. 423 ss.; ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2 erg. Aufl. Heidelberg 1968, p. 308ss; SCHLUEP, Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, en Festgabe für M. Obrecht, Solothurn 1961, p. 9 ss.; WOLFF H.J., Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale V (1952) p. 195 ss.; KAUFMANN, Analogie und "Natur der Sache", Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Karlsruhe 1965.
- (153) Para una información de síntesis vid. especialmente KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre, cit. p. 33 ss. (35 ss.).
- (154) RAISCH P., Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965, p. 34 ss. especialmente.
- (155) DIEDERICHSEN, Die Haftung des Warenherstellers, München-Berlin 1967, p. 330 ss.
- (156) Vid. así mismo SANDROCK, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, cit. p. 63 ss.; ULMER P., Der Vertragshändler. Fachsachen und Rechtsfragen Kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, München 1969, p. 15 ss., 183ss., 211 ss..

- (157) Vid. infra
- (158) Las aportaciones son numerosas y de calidad desigual. A ellas nos iremos refiriendo a lo largo de este capítulo. Para un tratamiento de conjunto vid. especialmente KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre, cit. p. 44 ss.; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, cit. p. 12 ss., 95 ss.; recientemente y bajo un planteamiento crítico, OTT W., Die Problematik einer Typologie, cit. passim (especialmente p. 56 ss., 84 ss.).
- (159) Sobre esta materia vid. LEENEN, Typus und Rechtsfindung, cit. p. 19 ss..
- (160) Vid. la bibliografía indicada supra, nota 152.
- (161) Vid. supra nota 158. En derecho suizo este método ha conocido hasta una época reciente, una extraordinaria difusión. En el ámbito del derecho de sociedades anónimas se ha examinado el problema de protección de los minoritarios desde el ángulo de la tipicidad de la sociedad y en función, sobre todo, del concepto de "accionista típico" (así BAR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 95 (1959) p. 369 ss. (p. 381 ss. especialmente) y SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, SAG 33 (1960-61) p. 137 ss., 170 ss., 188 ss.. En este mismo sentido se ha abordado el problema de la responsabilidad del accionista mayoritario (VON STEIGER W., Über die Verantwortung des Hauptaktionärs, Festgabe für Gutzwiler, Bâle 1959, p. 699 ss. (710 ss.) y del ejercicio del derecho de voto en la junta general' (JAGGI, Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, Festgabe für Obrecht, Solothurn 1961, p. 394 ss..
- (162) JOLIDON, Réferate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 1968, p. 648.
- (163) Vid. por todos LARENZ, Methodenlehre, cit. p. 412 ss. y allí más indicaciones.

- (164) LARENZ, Methodenlehre, cit. p. 423 ss.; ID., Fall-Norm-Typus, Eine rechtslogische Studie, en Festgabe für H. und M. Glöckner, Bonn 1966, p. 149 ss.. Para una revisión vid. sobre todo ZIPPELIUS, Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, en Fest. für Engisch, Frankfurt/M 1969, p. 224 ss..
- (165) Vid. en este sentido RADBRUCH, Klassenbegriffe, cit. p. 46; LARENZ, Fall, cit. p. 158 y Methodenlehre, cit. p. 440. En términos menos categóricos KAUFMANN, Analogie, cit. p. 37-38 y más recientemente KOLLER, Grundfragen, cit. pags. 25-26.
- (166) Vid. LARENZ, Methodenlehre, p. 440.
- (167) En este sentido vid. especialmente la obra ya clásica de MULLER-ERZBACH, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, en Iherings Jahrbücher, 61(1912) p. 343 ss.. En tiempos más recientes, WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des 242 BGB, Tübingen 1956, pags. 14-15; KAUFMANN, Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, en Festschrift für Engisch, Frankfurt/M. 1969, p. 243 ss. (p. 265 especialmente y allí más indicaciones).
- (168) Vid. por todos recientemente LEENEN, Typus und Rechtsfindung, cit. p. 34 ss. y allí numerosas indicaciones bibliográficas.
- (169) En este sentido se orienta básicamente, dentro de una problemática jurídico-penal, la propuesta de HASSEMER, Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Köln 1968, p. 111 ss. especialmente, donde se sostiene, como único método válido de aplicación jurídica, el método tipológico.
- (170) Una exposición informativa y crítica puede verse sobre todo en LEENEN, Typus und Rechtsfindung, cit. bajo el epígrafe 4.
- (171) La distinción, en los términos indicados en el texto, ha sido acogida por la doctrina más autorizada. Vid. KAUFMANN, Die

Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, en Festschrift für Engisch, cit. p. 243 ss. (265 con más indicaciones).

- (172) Dentro de los conceptos jurídicos se distinguen, en el orden estructural, dos planos diversos: el "nucleo" conceptual, que reproduce con una cierta aproximación las notas del concepto lógico y el contorno conceptual (Begriffshof) que se concreta y modifica bajo la influencia de consideraciones de carácter valorativo. Sobre esta distinción vid. ENGISCH, 'Einführung in das juristische Denken, 4 Aufl., Stuttgart 1968, p. 108; HECK, 'Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), p. 1 ss. (p. 173).
- (173) Sobre el carácter teleológico del concepto vid. RICKERT, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 5 Aufl. Tübingen 1929, p. 343. El momento constitutivo en la formación jurídica de los tipos pone de relieve la dimensión valorativa que el tipo encierra: en él los fenómenos empíricos son contemplados bajo el punto de vista de unidades de medida normativas; la realidad es aprehendida desde una perspectiva valorativa. Los rasgos del tipo se integran en base a determinadas valoraciones. La diferencia entre el tipo, como portador de un contenido valorativo y el concepto, cuya dimensión finalista hemos indicado, está en el momento constitutivo de uno y otro: mientras que la selección de las características conceptuales tiene lugar desde el punto de vista valorativo, la aplicación del concepto puede realizarse sin tener en cuenta estas valoraciones; en el proceso de aplicación del tipo es esencial por el contrario el juego de estas valoraciones. Sobre este punto, STRACHE, Das denken in Standards, Zugleich ein Beitrag zur Typologie, Berlin 1968, pags. 45-46; 72-73.
- (174) En este sentido se orienta la conocida tesis de ZIPPELIUS según la cual la causa esencial de separación no estriba en una contraposición entre concepto y tipo sino mas bien en la diferencia entre pensamiento tipificante y pensamiento de subsunción conceptual (ZIPPELIUS, Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, cit. p. 231). Sobre el carácter complementario de la aplicación conceptual y tipológica vid. especialmente KOLLER, Grundfragen, cit. p. 27; MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 70-71.

- (175) ENGISCH, 'Der Idee der Konkretisierung', cit. p. 247; RADBRUCH, 'Klassenbegriffe', cit. p. 53; STRACHE, 'Das Denken in Standards', cit. p. 41.
- (176) WESTERMANN H. P., Typenfreiheit, cit. p. 98.
- (177) Vid. con carácter general ya en HUBER, 'Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie', Basel 1921, p. 57. Sobre el tema, en el marco de las cuestiones de tipología societaria que aquí se examinan, recientemente KOLLER, 'Grundfragen', cit. p. 78 ss. (p. 79).
- (178) La formulación se debe a PAULICK, 'Die eingetragene Genossenschaft', cit. p. 14, que en este contexto utiliza indistintamente los términos "generalización" y "tipificación". Para una diferenciación conceptual de los mismos, vid. sobre todo KOLLER, 'Grundfragen', cit. p. 81, nota 4. En términos más generales LARENZ, 'Methodenlehre', cit. p. 412 ss..
- (179) SAVIGNY, 'System des heutigen römischen Rechts, Ersten Band', Berlin 1840, pags. 16, 44. En este sentido la doctrina dominante. LARENZ, 'Methodenlehre', cit. p. 431; ENGISCH, 'Die Idee der Konkretisierung', cit. p. 282 nota 144; RADBRUCH, 'Klassenbegriffe', cit. p. 53; SCHLUEP, 'Methodologische Bedeutung', cit. p. 14; ESSER, 'Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts', cit. p. 155.
- (180) Sobre esta terminología vid. KOLLER, 'Grundfragen', cit. p. 28 ss.; WESTERMANN, 'Typenfreiheit', cit. p. 99 con más indicaciones.
- (181) LEENEN, 'Typen und Rechtsfindung', cit. p. 84.
- (182) Vid. sobre todo STRACHE, 'Das Denken in Standards', cit. p. 66; LARENZ, 'Ergänzenden Vertragsauslegung', cit. p. 740; RADBRUCH,

Klassensbegriffe, cit. p. 53. Una exposición de síntesis en MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 72 ss., 99 ss..

- (183) La necesidad de separar claramente los tipos legales de los tipos empíricos ha sido puesta de relieve sobre todo por la doctrina que se ocupa de aspectos tipológicos del Derecho de sociedades. Vid. en especial KOLLER, Grundfragen, p. 54, 56; MENGIARDI, Strukturprobleme, p. 102 nota 11; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 101. Recientemente con mayor énfasis, LARENZ, Methodenlehre, cit. p. 431, 437, 439.
- (184) En este sentido KOLLER, Grundfrage, cit. p. 78 ss.; ENGISCH, Die Idee, cit. p. 245; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 101.
- (185) La tesis de que no es el legislador sino el tráfico mercantil -sobre todo la jurisprudencia cautelar- el que tipifica la realidad y que ésta pasa directamente a formar parte de la ley, ha sido sostenida, con algunas matizaciones, básicamente por BETTI, Der Typenzwang bei der römischen Rechtsgeschäften, cit. p. 249 ss. En términos parecidos WOLFF H., Typen im Recht, cit. p. 200.
- (186) STOLL H., Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, en Festgabe für Heck, Rumelin v. A.B. Schmidt, Tübingen 1931, p. 78; BADURA, Das Recht als gesellschaftliches Gestaltungsmittel, cit. por LEENEN, p. 86 n. 41.
- (187) MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 45 ss..
- (188) La esencialidad del concepto abstracto como medio técnico-jurídico de la actividad legislativa constituye la doctrina dominante. Vid. entre otros LARENZ, Methodenlehre, cit. p. 415; KAUFMANN, Die Geschichtlichkeit des Rechts, cit. p. 263; BETTI, Moderne dogmatische Begriffsbildung in der Rechts und Kulturgeschichte, Studium Generale 12 (1959), p. 87 ss..
- (189) Sobre este tema vid. las atinadas observaciones de KAUFMANN,

Analogie und "Natur der Sache", cit. p. 38 ss., que expone cómo frente a los fenómenos de la realidad el legislador se limita a una pura descripción de los mismos ya que en la elaboración de la ley se sirve de conceptos, más aptos para garantizar el postulado de la seguridad jurídica. El fin de la ley es, por tanto, la conversión en conceptos (Verbegrifflichung) de los tipos; dado, sin embargo, que este fin es inalcanzable es necesario volver constantemente a los tipos tenidos en cuenta en la ley, especialmente en materia de interpretación.

- (190) Sobre este punto vid. especialmente LEENEN, Typus und Rechtsfindung, cit. pags. 92 ss..

- (191) Vid. supra p.

- (192) Vid. LEENEN, Typus ..., cit. p. 91. Que el tipo constituye junto con el concepto general uno de los procedimientos más importantes de formación del derecho ha sido expresamente reconocido por la doctrina. En este sentido, MULLER-ERZBACH, Die Erfassung des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht AcP 154 (1955) p. 299 ss. (309); HIRSCH, Der gesetzliche fixierte "Typ" als Gefahrenquelle, cit. passim.

- (193) En favor de esta última interpretación vid. MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 96 ss., el cual ve en la aplicación jurídica de los tipos un medio para poner en relación la regulación legal de un instituto jurídico con la realidad del tráfico.

- (194) Este primer estudio del proceso legislativo ha sido examinado con particular atención por HECK, Begriffsbildung, cit. p. 77 y Gesetzesauslegung, cit. p. 18, 182-183.

- (195) El planteamiento de esta cuestión se encuentra ya en SAVIENY, System, cit. p. 217 ss.. Para una exposición sinóptica y crítica vid. recientemente LEENEN, Typus und Rechtsfindung, cit. p. 108 ss..

- (196) Sobre el papel que corresponde al juez en el proceso de crea-

ción de tipos vid. ENGISCH, Die idee der Konkretisierung, cit. p. 283.

- (197) En estos términos WESTERMANN H.P., Typenfreiheit, cit. p. 104. La cuestión tiene interés para determinar el alcance del tipo como límite a la libertad contractual. Si no se disponen de criterios seguros que indiquen con claridad cuándo una determinada característica tiene carácter conceptual o típico, entonces no será posible afianzar la concepción del tipo en términos tales que su esencia pueda considerarse como algo inamovible, como elemento determinante de una realidad jurídica precisa, que pueda limitar eficazmente el ámbito de la libertad contractual de los socios.

- (198) Con referencia al derecho de sociedades basta con consultar los trabajos, clásicos hoy, de WIELAND, GIERKE, en nuestra doctrina el Tratado de Derecho Mercantil de GARRIGUES, para comprobar lo que acaba de señalarse.

- (199) Sobre la variedad de significados que la palabra encierra, en el lenguaje ordinario, vid. especialmente KOLLER, Grundfragen, cit. p. 11 ss..

- (200) En relación con el derecho de sociedades vid. por todos KOLLER, Grundfragen, cit. p. 44 ss..

- (201) Vid. supra p.

- (202) En este sentido especialmente KOLLER, Grundfragen, cit. p. 46 ss., 96 ss.; OTT W., Die Problematik einer Typologie, cit. p. 89; MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 97-98, de forma diversa, sin embargo, a la formulada por Koller.

- (203) Ya sobre el tema las indicaciones de PAULICK, Die eingetragene Genossenschaft, p. 60-61; OTT C., Typenzwang, cit. p. 76ss.; WESTERMANN, Handbuch, Ziff. 152 ss., p. 58 ss., en las que sin embargo la diferenciación no aparece recogida todavía con claridad. Las aportaciones más importantes en esta dirección son las de WESTERMANN H.P., Typenfreiheit, cit. p. 12 ss., 106 ss.; TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 140; NITSCHKE, Die korporchaftlich strukturierte, cit. p. 2 y ss..

- (204) Vid. especialmente WESTERMANN H.P., Typenfreiheit, cit. p. 12-13.
- (205) La interdependencia entre forma jurídica y tipo plantea básicamente el problema de si deben anudarse a las relaciones jurídicas que se sirvan de una forma societaria, a la cual se haya incorporado un determinado tipo, los rasgos que se consideren "típicamente sensuales". Esta cuestión enlaza con el problema de la valoración de la tipicidad legal como límite a la libertad contractual, aspecto al que nos referimos infra p.
- (206) La existencia de una pluralidad de acreedores o de deudores tiene en común, con la sociedad, la comunidad de un derecho cuyo ejercicio tiene lugar en interés de la colectividad. La pluralidad de derecho recíprocos -y en su caso de exigencias de compensación- no significará sin embargo que exista entre los intervinientes un fin común, situado más allá de la realización de esas pretensiones colectivas. Sobre el tema vid. la opinión contraria de HEINSHEIMER, Teilhaberschaft, p. 16,30 y las correcciones a la misma de WESTERMANN H.P., Typenfreiheit, cit. p. 15-16 y allí más indicaciones.
- (207) Una síntesis de las directrices legislativas y doctrinales en GIRON TENA, Los conceptos y tipos, cit. p. 4 ..
- (208) Así expresamente KOLLER, Grundfragen, cit. p. 50-51.
- (209) Vid. supra p. . Para una revisión crítica de este tema vid. infra p.
- (210) Vid. KOLLER, Grundfragen, cit. p. 58-59.
- (211) En este sentido hay que corregir el pensamiento dominante en la literatura, sostenido básicamente por la autoridad de LARENZ, Methodenlehre, cit. p. 431 y ENGISCH, Die Idee der Kon-

kretisierung, cit. p. 269, 277.

- (212) Falta en nuestro país un estudio que se ocupe de determinar la influencia que sobre las instituciones jurídico-societarias del código de comercio y de las leyes especiales han ejercido los restantes ordenamientos continentales. A parte de las indicaciones contenidas en la Exposición de Motivos, pueden encontrarse referencias de gran interés sobre todo en los trabajos de GIRON TENA (Sociedades Mercantiles. Lecciones), y en relación con la sociedad anónima, el comentario a la ley de este mismo autor y de GARRIGUES-URIA.

- (213) Sobre este tema vid. más abajo p. . Sobre la singularidad de cada forma societaria en virtud de su peculiar evolución histórica vid. ya GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte, cit. pags. 36, 254.

- (214) Vid. KOLLER, Grundfragen, cit. p. 85 ss. y allí más indicaciones.

- (215) En este sentido expresamente KOLLER, Grundfragen, cit. p. 85; en la misma dirección MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 117.

- (216) Vid. especialmente SPADA, La tipicità, cit. passim especialmente p. 20 ss. y allí numerosas indicaciones.

- (217) En este sentido, por todos, WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 105-106 con más indicaciones.

- (218) Sobre el tema vid. KOLLER, Grundfragen, cit. p. 90 ss.; REINHARDT, ZBJV 103, p. 329 ss. (351); WESTERMANN H.P., cit. p. 107. En este sentido hay que recordar que el contenido de las relaciones jurídicas, que con más frecuencia se adaptan en el tráfico, se transforma en numerosas ocasiones en tipos legales, en relación a la situación de intereses comunes y los problemas de aquellos derivados. Sobre esta cuestión MENGIARDI, cit. p. 102; PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 15, es decir, la idea directriz de un tipo se determina en conexión con la situación de intereses surgida en la vida real y vinculada a esa relación

jurídica.

- (219) Una crítica global de la doctrina de los tipos en JOLIDON, Problèmes de structure, cit. p. 526 ss., 534 ss., Sin negar el valor identificador del tipo, en los términos que más abajo se examinan, este autor ve en la forma jurídica, como figura formulada por vía conceptual y regulada con norma de derecho necesario, el punto de apoyo más importante para una superación de la mayoría de los problemas que se plantean en la práctica, dentro de un marco de seguridad jurídica. En su opinión, el tipo no añade nada a la función de la forma social, ni siquiera puede eliminar los problemas que se originan en relación con el ejercicio de la libertad contractual en derecho de sociedades. Sobre esta cuestión vid. infra p.
- (220) Vid supra p. . Vid. MEIER-HAYOZ, Zur Typologie im Aktienrecht, en Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Bürgi, Zürich 1971, p. 243 ss. (263); WESTERMANN H.P., Strukturprobleme, cit. p. 186, con referencia también a los problemas de estructura derivados de la actividad legislativa.
- (221) OTT, Die Problematik, cit. p. 146.
- (222) Vid. especialmente JAGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31 (1958) p. 57 ss.; KOLLER, Grundfragen eines Typuslehre, cit. p. 147 ss.; BAR, Grundprobleme des Minderheitenschutzes, cit. p. 384; MEIER-HAYOZ, Zur Typologie im Aktienrecht, cit. p. 254-255. Recientemente, con algunas correcciones, FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, Diss. Zürich 1970, p. 163 ss.. En Alemania, la instrumentalización del tipo para la interpretación de las normas jurídico-positivas se encuentra ya recogida en ENGISCH, Die Idee der Konkretisierung, cit. p. 272 ss..
- (223) KOLLER, Grundfragen, cit. p. 155.
- (224) JAGGI, Ungelöste Fragen, cit. p. 70; MENGIARDI, Strukturprobleme
- (225) Vid. FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, cit. p. 116 en relación

con la sociedad cooperativa.

- (226) MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 660.
- (227) Sobre el tema con carácter general SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, cit. p. 213-214; COING, Die juristische Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln/Opladen 1959, p. 18 ss.; LARENZ, Methodenlehre, cit. p.
- (228) KOLLER, Grundfragen, cit. p. 158.
- (229) FORSTMOSER, Grossgenossenschaft, cit. p. 164. En opinión de KOLLER, el postulado de la interpretación "típica", en caso de que hubiese de incorporarse al catálogo tradicional de la interpretación legislativa, debería subordinarse al elemento lógico (KOLLER, Grundfragen, cit. p. 156 ss., 158).
- (230) Para una crítica general vid. SCHLUEP, Schutz des Aktionärs auf neuen Weg?, cit. p. 178; JOLIDON, Problèmes de structure, cit. p. 565 y ultimamente OTT W, Problematik einer Typologie, cit. p. 108 ss..
- (231) En estos términos expresamente JOLIDON, Problèmes de structure, cit. p. 551.
- (232) Sobre la defectuosidad lógica de este planteamiento, que constituiría un círculo vicioso, vid. OTT, op. cit. p. 108-109. Vid. asimismo HIRSCH, Protokoll, cit. p. 693.
- (233) JOLIDON, Problèmes de structure, cit. p. 351.
- (234) Vid. en relación con la sociedad anónima, MEIER-HAYOZ, Zur Ty-

pologie, cit. p. 255; OTT, cit. p. 111 ss., con numerosas indicaciones sobre la doctrina suiza. En términos resuntivos, KOLLER, Referate und Mitteilungen des Schweiz-Juristenvereins 1968, p. 673; HIRSCH A., id. p. 691 ss.,

- (235) Vid. en este sentido las consideraciones de KOLLER, Grundfragen, cit. p. 57.
- (236) Para un tratamiento de esta cuestión en términos generales vid. especialmente LEENEN, Typus und Rechtsfindung, cit. p. 178 ss..
- (237) Vid. supra p.
- (238) Vid. infra p.
- (239) KOLLER, Grundfragen, cit. p. 58-59; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, cit. p. 107-108; LEENEN, Typus und Rechtsfindung, cit. p. 180; LARENZ, Ergänzende Vertragsauslegung, cit. p. 740 y Methodenlehre, cit. p. 431.
- (240) Vid. OTT W., Die Problematik einer Typologie, cit. p. 122-123 y allí más indicaciones; MEIER-HAYOZ, Zur Typologie, cit. p. 257.
- (241) Vid. OTT W., op. cit. p. 124 ss. donde se examinan las más recientes sentencias del Tribunal Federal en esta materia.
- (242) Sobre esta cuestión vid. JAGGI, Protokoll vom 22. September, cit. p. 681-682.
- (243) Así la conocida sentencia del Tribunal Federal Suizo en 1965,

en el caso Wyss-Fux-AG Elektrogeschäft (BGE 91 II 298). Sobre el tema vid. especialmente WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, passim; MEIER-HAYOZ, Zur Typologie, cit. p. 246.

- (244) Sobre el tema vid. recientemente TERCIER, La dissolution de la société anonyme pour justes motifs (art. 736 ch. 4 CO) SAG 46 (1974) p. 67 ss. (69) que critica la interpretación tipológica, con numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales.

- (245) El problema ha sido objeto de especial atención sobre todo en derecho suizo. Como representantes más autorizados de esta orientación FORSTMOSER, 'Grossgenossenschaft, cit. p. 170/171; JAGGI, Ungelöste Fragen, cit. p. 70; MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 166-167; OTT, Die Problematik, cit. p. 134 ss. (143).

- (246) MENGIARDI, Strukturprobleme, cit. p. 664. Punto de partida para la solución de problemas de actividad legislativa no es el sistema jurídico, sino los problemas que se plantean dentro de él y cuya superación se persigue. Cuando se demuestre que dentro del sistema vigente no es posible una adecuada solución de tales problemas, habrá de romperse aquél. Una teoría de los tipos representa en este sentido una aportación dirigida a este fin.

- (247) SIEGWART, Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform, cit. p. 189.

- (248) Sobre esta cuestión vid. infra p.

- (249) Vid. KOLLER, Grundfragen, cit. p. 169 ss.; CHARMATZ, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, Brunn/Wien 1937 (reimpresión inalterada Frankfurt/M. 1968) p. 349 ss..

- (250) Vid. por todos FLUME, Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, Berlin 1965, p. 325; SANDROCK, Er-

gänzende Vertragsauslegung, cit. p. 15 ss.. Para una corrección de esta orientación vid. LEENEN, Typus und Rechtsfindung, cit. p. 185-186.

- (251) En este sentido SIEGWART, op. cit. p. 186-188; KOLLER, Grundfragen, cit. p. 168 ss. (171); WOHLMANN, Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968, p. 90 ss. con más indicaciones. En la doctrina alemana vid. por todos LARENZ, Methodenlehre, p. 445.

- (252) Sobre la jurisprudencia suiza en esta materia vid. OTT, op. cit. p. 133-134.

- (253) Vid. especialmente PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 38 ss.; KUHN, Strohmanngründung, cit. p. 36-37, 166-167; OTT C.; Typenzwang, cit. p. 142 ss. con más indicaciones; GONELLA, Kann die GmbH Co. KG INhaberin, cit. p. 1165; PEDRAZZINI, Stille Gesellschaft, cit. p. 371 con numerosas indicaciones a la doctrina italiana; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZSR 90 (1971) p. 293 ss. (317).

- (254) WESTERMANN H.P., cit. p. 122.

- (255) Urteil 7. August 1962, BBVerfGE 14, 263. Sobre este tema vid. con carácter general KRONSTEIN, Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung, BB 1960, p. 221 ss.; RAISER, Rechtsschutz und Institutionenschutz, cit. p. 139.

- (256) WESTERMANN H.P., cit. p. 125 ss..

- (257) Se habla entonces de "Typenwahrheit". Así SMITIS, Formen der Verbindung von Gesellschaften, en Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Berlin-Tübingen 1966, p. 399; MERTENS, GmbH Co. und Gesellschaftsrechtsdogmatik, GmbH-Rundschau 1967, p. 45 ss. (p. 49).

CAPITULO TERCERO

- (1) Vid. supra p.
- (2) Vid. infra p.
- (3) En este sentido GIRON TENA, Los conceptos y los tipos, cit. p.
- (4) En esta dirección se orienta en la doctrina ROMANO-PAVONI, Teoría delle società, Tipi, costituzione, Milano 1952, p. 201, 448-449, 520 ss.. Sobre esta cuestión vid. las consideraciones que se hacen en el texto infra p.
- (5) GIRON TENA, Los conceptos y tipos, cit. p. 55 ss..
- (6) Así implícitamente FERRI, Delle società, cit. p. 319
- (7) Vid. infra p.
- (8) La opinión está tan generalizada que resulta innecesaria cualquier referencia bibliográfica. En estos términos, dentro de la doctrina mercantilista, vid. GARRIGUES, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, vol. 1, Madrid 1947, p. 381, 440; URIA, Derecho Mercantil, cit. p. 118. ss.. Con referencia a las sociedades mercantiles, LANGLE, Manual de Derecho Mercantil español, To-

mo I, Barcelona 1950, p. 411 ss.; BROSETA, Manual de Derecho Mercantil, Madrid 1971, p. 136 ss..

- (9) Sobre esta cuestión vid. GIRON TENA, Sobre los conceptos de Sociedades en nuestro derecho, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 1955, p. 221 y ss.. Este pensamiento ha sido desarrollado en, Los conceptos y Tipos, cit. p. 19 ss..

- (10) La distinción está hoy generalizada. Sobre las particularidades de este planteamiento en nuestro derecho, vid. por todos GIRON TENA, Los conceptos y Tipos, cit. p.

- (11) El tema, como es sabido, había sido formulado originariamente por GIERKE O., Deutsches Privatrecht, Bd. I, cit. p. 486, que con ocasión de la constitución de las corporaciones rechaza la existencia de un contrato sosteniendo que se trata de un "acto colectivo" (Gesamtakt) en el que las voluntades de los socios se dirigen a la creación del ente, no vinculándose entre sí sino como miembros del ente. Sobre los aspectos de esta evolución en derecho alemán, vid. por todos LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, cit. p. 46-47. Para una exposición de la doctrina italiana, vid. especialmente BOLAFFI, La società semplice, cit. p. 84 ss. y recientemente FERRO-LUZZI, I contratti associativi, cit. p. 70 ss..

- (12) Sobre el significado de los contratos plurilaterales, vid. por todos ASCARELLI, Il contratto plurilaterale, in Studi in tema di contratti, Milano 1952, p. 97 ss..

- (13) En este sentido ampliamente la doctrina alemana que califica el contrato de sociedad como contrato jurídico-social (sozial-rechtlicher Vertrag) (LARENZ, Schuldrecht, cit. 56 I c), o como contrato de cooperación con asociación de prestaciones (Kooperativvertrag mit Leistungsvereinigung) (ESSER, Schuldrecht, 174, p. 2), pero sobre todo como contrato de organización (Organisationsvertrag). Así WURDINGER, Gesellschaften, 1 Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937, p. 42; HAUPT-REINHARDT, Gesellschaftsrecht, Tübingen 1952, p. 26-27. En derecho español se habla de contrato plurilateral de organización (URIA, Derecho Mercantil, 7ª ed., Madrid 1970, nº 115, p. 122).

- (14) Sobre este tema vid. con carácter de síntesis, GIRON TENA, Sociedades Mercantiles I, Parte General, Valladolid 1967, p. 47 ss. y recientemente Apuntes de Derecho Mercantil 1ª (Sociedades. Parte General), Madrid 1973-74, p. 29 ss..

- (15) Especialmente SIMITIS, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion, cit. p. 107 ss.. Recientemente, en relación con el derecho español vid. GIRON TENA, Las sociedades irregulares ADC (1951) p. 1291 ss. y allí más indicaciones.

- (16) Sobre toda esta materia GIRON TENA, Los conceptos y tipos, cit. p. 30-31.

- (17) URIA, Derecho Mercantil, cit. p. 120.

- (18) DUQUE, Société, association et entreprise en droit espagnol, en VERRUCOLI, Evolution et perspectives, cit. p. 68 ss. (p. 81 ss.).

- (19) GIRON TENA, Los conceptos y los tipos, cit. p. 21 ss. y recientemente Apuntes de Derecho Mercantil 1ª (Sociedades. Parte General), cit. p. 8 y ss..

- (21) HUECK A.; Gesellschaftrecht, 16. Aufl. München-Berlin 1972, p. 1 ss.; WESTERMANN, Personengesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln 1973 Rz. 1 ss..
- (22) Existen preceptos aislados en los que se recoge la expresión fin común; el uso que de ello hace el legislador no altera la orientación que se indica en el texto.
- (23) La importación en Italia de la fórmula del fin común se atribuye a AULETTA, La comunanza dello scopo e la causa nel contratto di società, Riv. dir. civ. 1973, p. 1 ss. (p. 7 ss. especialmente). Desde una perspectiva crítica vid. recientemente SPADA, La tipicità, cit. p. 116 ss..
- (24) Vid. para nuestro derecho positivo GIRON TENA, Los conceptos y tipos, cit..
- (25) La doctrina civilista sigue anclada en el concepto legal de sociedad del art. 1665 del C. civil y, por consiguiente, limita los elementos del contrato de sociedad a la pluralidad de personas, creación de un patrimonio común y finalidad lucrativa con reparto de ganancias. Vid. por todos ESPIN, Manual de Derecho civil español, vol. III., Obligaciones y contratos, Madrid 1970, p. 576-577. En derecho francés vid. RIPERT/ROBLLOT, Traité élémentaire de Droit Commercial, Paris 1963, p. 322 ss.; RODIERE, Droit commercial, Groupements commerciaux, Dalloz 1972, pags. 12 ss..
- (26) La distinción entre "scopo-mezzo" y "scopo-finé" se encuentra ya en AULETTA, La comunanza di scopo, cit. p. 8 y ha sido acogida por un amplio sector de la doctrina italiana. Una información de síntesis en SPADA, La Tipicità, cit. p. 116 ss..
- (27) BALLERSTEDT, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff der Personengesellschaften, JuS 1963, p. 253 ss..

- (28) BALLERSTEDT, en la obra citada en la nota anterior.
- (29) BALLERSTEDT, Der gemeinsame Zweck, cit., p. 254-255.
- (30) De momento no se entra en la cuestión de si el interés individual del socio debe o no tener carácter económico. En este sentido la doctrina alemana dominante, BALLERSTEDT, Der gemeinsame Zweck, cit., p. 254; STAUDINGER/GEILER/KESSLER, cit., Anm. 28, 76 al párrafo 705; con ciertas reservas, WESTERMANN, Handbuch, cit., p. 28.
- (31) Vid. especialmente WESTERMANN, Personengesellschaftsrecht, cit., Rz. 9. A esta materia ha dedicado el ilustre jurista especial atención. Vid. ya Die Bedeutung des Förderungszwecks für die rechtliche Ausgestaltung der Genossenschaft, ZfG 1963, p. 273 ss.; ID., Handbuch der Personengesellschaften I, Loseblatt, Köln-Marienburg 1967, Rz. 9; ID., Zweck der Gesellschaft und Gegenstand des Unternehmens in Aktien und Genossenschaftsrecht, Festsch.-Schnorr von Carolsfeld, Köln 1972, p. 517 ss. (p. 531-532 especialmente). Para una síntesis crítica y actualizada de la situación de la doctrina alemana vid. especialmente SCHULZE-OS-TERLOH, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, Berlin-New York 1973.
- (32) Para una revisión de estas cuestiones vid. recientemente FIKENTSCHER, Zur Begriff und Funktion des "gemeinsamen Zwecks" im Gesellschafts- und Kartellrecht, en. Festschrift für Westermann, cit., p. 87 ss. (p. 94 ss.)
- (33) Para una crítica del fin común como categoría conceptual vid. recientemente SPADA, La tipicità, cit., p. 116 ss..
- (34) Vid. sobre este problema en particular FIKENTSCHER, Zur Begriff und Funktion, cit., pags. 105 ss. especialmente.

- (35) En estos términos GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, (Lecciones) I Parte General, cit. p. 17.
- (36) Vid. por todos RIPERT/ROBLOT, Traité élémentaire, cit. p. 348-349, nr. 700.
- (37) Así expresamente RODIERE, Droit commercial, cit. p. 18.
- (38) Vid. entre los civilistas especialmente CASTAN, Derecho civil español, común y foral, Vol. IV, 9ª ed. p. 528; ESPIN, Manual de Derecho civil español, cit. p. 577. En la doctrina mercantil GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, ult. cit. p. 19.
- (39) Para una crítica de esta concepción, en el marco más general de las relaciones contrato-organización, vid. SPADA, La tipicità, cit. p. 89-90, n. 130 y allí más indicaciones.
- (40) Vid. especialmente BOLAFFI, La società semplice, cit. p. 114 ss. (especialmente p. 115).
- (41) La opinión se encuentra tan generalizada en la doctrina que una indicación bibliográfica resulta innecesaria.
- (42) Así recientemente FERRI, Le società, cit. p. 15-16.
- (43) En estos términos SPADA, La tipicità, cit. p. 132, nota 60.
- (44) Sobre el tema, FERRI, Associazione in partecipazione e società irregolare en Dir. Prat. Comm. 1941, II, p. 73 ss. (p. 76); SPADA, La tipicità, cit. p. 132-133.

- (45) Para un examen de la cuestión en nuestro derecho vid. por todos GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, I, p. 19.
- (46) Vid. SPADA, La tipicità, cit. p. 133 con más indicaciones.
- (47) En estos términos, en la doctrina italiana, DALMARTELLO, I rapporti giuridici interni nelle società commerciali, Milán 1932, p. 37 ss. y sobre todo FERRI, Le società, cit. p. 19 y en toda su producción científica anterior.
- (48) En contra SPADA, La tipicità, cit. p. 135 que sostiene que la organización, como regulación de la programación común de las operaciones sociales no es esencial a toda manifestación asociativa provista de efectos frente a terceros (vid. también p. 142).
- (49) Esta tesis ha sido formulada por BUCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, p. 295 ss. e introducida en Italia por SPADA, La tipicità, cit. p. 145 ss..
- (50) En este sentido ya BRECHER, Subjekt und Verband, cit. p. 258; WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 29.
- (51) En estos términos caracteriza GIRON TENA el concepto amplio de sociedad (GIRON TENA, Los conceptos y tipos, cit. p. 28).
- (52) Vid. HUECK, Gesellschaftsrecht, (16. Aufl. München 1972) p. 142.
- (53) Vid. LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, cit. p. 5.

- (54) Vid. a este respecto SACCO, Autonomia contrattuale, e tipi, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1966, p. 785 ss. (p. 806-807).
- (55) Para una crítica de esta orientación vid. SPADA, La tipicità, cit. p. 12 ss..
- (56) Sobre este tema vid. infra p.
- (57) GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 18 y allí más indicaciones.
- (58) Vid. especialmente sobre este punto SPADA, La tipicità, cit. p. 286 ss. y allí más indicaciones bibliográficas; EHRLICH, Das zwingende und nichtzwingende Recht, cit. p. 29 ss..
- (59) Las normas identificadoras del supuesto de hecho -determinaciones conceptuales- no son como tales ni de derecho imperativo ni de carácter dispositivo. Así EHRLICH, Das zwingende und nichtzwingende, cit. loc. cit..
- (60) VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, cit. p. 660 ss.; ID., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, p. 450 ss., 480.
- (61) GIERKE, Die Genossenschaftstheorie, cit. p. 456, 587.
- (62) GIERKE, Die Genossenschaftstheorie, cit. p. 452.
- (63) Vid. por todos LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 7. Aufl., München 1965, 56 Ic. En

contra HUECK, Gesellschaftsrecht, cit. p. 26.

- (64) Así entre otros expresamente, WIELAND, Handelsrecht I, cit. p. 475; WURDINGER, Das Recht der Personen-
gesellschaften. 1. Teil: Die Kommanditgesellschaft.
1. Arbeitsbericht, cit. p. 9. En la doctrina italia-
na vid. especialmente CATAUDELLA, Intuitus personae
e tipo negoziale, cit. p. 35 ss. y allí más indica-
ciones.
- (65) En la literatura alemana se distingue entre "Mit-
gliedschaft" y "Teilhhaberschaft". La primera se re-
fiere por lo general a las sociedades con capacidad
jurídica, mientras que la segunda queda reservada a
las sociedades que carecen de ella, como son la colec-
tiva y la comanditaria. Vid. en este sentido, WESTER-
MANN H.P., cit. p. 135. Sobre el intuitu personae en
la condición de socio vid. especialmente OTT, Typen-
zwang, cit. p. 51 con más indicaciones.
- (66) En este sentido ESSER, Schuldrecht, 173, p. 4;
SCHLEGELBERGER/GESSLER, HGB, cit., Anm. 10. al pá-
rrafo 105.
- (67) Vid. por todos HUECK, OHG, cit. p. 20; WESTERMANN,
Handbuch, cit., Ziff. 17; GIRON TENA, Sociedades Mer-
cantiles II/1, cit. p. 25 en relación con la socie-
dad colectiva.
- (68) En esta dirección igualmente SPADA, La tipicità, cit.
p. 239 ss..
- (69) Sobre esta cuestión vid. en particular, BEITZKE, Nich-
tigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauernverhält-
nisse, Schloss Blekede (Elbe) 1948, p. 10.

- (70) En términos generales WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 350, con más indicaciones.
- (71) Vid. especialmente, en este sentido, la doctrina italiana. SPADA, La tipicità, cit. p. 241 nota 25 con más indicaciones. En esta dirección también un sector autorizado de la doctrina alemana. Vid. HUECK, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947, p. 18-19; EICHLER, Die rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950, p.
- (72) Vid. SPADA, La tipicità, cit. p. 298-299.
- (73) La distinción entre contenido jurídico-administrativo y jurídico patrimonial de la relación socio-sociedad está hoy generalizada. Vid. por todos LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftrecht, cit. p. 93; HUECK, Gesellschaftsrecht, cit. p. 33; WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 32. En nuestro derecho, GIRON TENA, Sociedades Mercantiles (Lecciones) I, cit. p. 166 ss. y Apuntes de Derecho Mercantil, 1ª (Sociedades. Parte General), cit. p. 125.
- (74) Se trata de un término acuñado en la doctrina alemana. En estos términos WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 39 con más indicaciones. Vid. sobre tema HEINSHEIMER, Über die Teilhaberschaft, cit. p. 35, que habla sin embargo de "relación jurídica" (Rechtsverhältnis) y, en términos generales, STAUDINGER/GEILER/KESSLER, Anm. 80 al parágrafo 705.
- (75) Para el derecho alemán vid. especialmente WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 140; en derecho italiano, SPADA, La tipicità, cit. p. 339 ss..
- (76) Sobre "órganos" y "portadores de la condición de órganos" vid. ya supra.

- (77) Sobre el tema vid. básicamente WOLF H., Organschaft und juristische Person, Bd. II: Theorie der Vertretung, Berlin 1934, p. 224 ss. y STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, elaborado por BOEMER/COING/GETLER-KESSLER/DITTMANN/HUBNER/NIPPERDEY-MOLINEN-NEUMANN, Berlin 1954 ss., Anm. 50 al parágrafo 164. En contra de la aplicación del concepto de órgano a las sociedades personalistas vid. en particular WESTERMANN, Handbuch, Ziff. 146; incidentalmente WURDINGER, Das Recht der Personalgesellschaften, cit. p. 49.
- (78) NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 96; REINHARDT, Die Fortentwicklung, cit. p. 350-351; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 151-152.
- (79) A esta relatividad del concepto de "órgano" se refiere expresamente WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 151.
- (80) Así WESTERMANN, Handbuch, cit., I, n. 189.
- (81) NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte, cit. p. 215; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 153. Vid. sobre el concepto de organismo de terceros más indicaciones infra p.
- (82) La afirmación se encuentra ampliamente difundida en la doctrina alemana. Vid. sobre el tema HEINSHEIMER, Über die Teilhabenschaft, cit. p. 22; WIEDEMANN, Übertragung, cit. p. 277; WIELAND, Handelsrecht, cit. I, p. 474; HUECK, OHG, cit. p. 86; REINHARDT, Die Fortentwicklung des Rechts der offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, 2BJV, nº 103, p. 329 ss. (351). Para la situación en derecho italiano especialmente GOLGANO, Gli amministratori di società personali, Padova 1963, p. 103 ss.; RIVOLTA, La partecipazione patrimoniale del socio nelle società commerciali, Giuffré 1961, p. 244 ss.. En la doctrina española, el problema, cuando no viene silenciado, se

Menciona de paso, para afirmar como un principio apodíptico que la administración corresponde a los socios. La posición más avanzada se limita a la hipótesis de que todos los socios queden excluidos de la función administrativa, encomendándose ésta a terceros en calidad de factores o apoderados. La solución sería admitir el organismo de terceros para las actividades de gestión pero no para las de representación. Así GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II/1, cit. p. 72.

- (83) ~~Esta es la opinión en la doctrina más autorizada.~~ Vid. por todos GIRON TENA, Sociedades Mercantiles (Leciones) I, cit. p. 171 y II/1, p. 25-26.
- (84) LA dificultad teórica de arbitrar una fórmula de esta naturaleza ha llevado a algunos autores a rechazar —a nivel de principios— la compatibilidad del organismo de terceros con las sociedades de personas. Así HUBER, Vermögensanteil Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, cit. p. 35-36, al que se ha unido; recientemente, REUTER, Privatrechtliche Schranken, cit. p. 179.
- (85) Así expresamente REUTER, Privatrechtliche Schranken, cit. loc. ult. cit..
- (86) Vid. REUTER, Privatrechtliche Schranken, cit. p. 174-175.
- (87) Sobre este tema vid., por vía de síntesis, WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 382 ss. y allí amplia información bibliográfica.
- (88) En sentido diverso GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II/1 p. 72; sobre la situación en derecho italiano, vid. especialmente LIBONATI, L'amministratore non socio di società in nome collettivo, Riv. Dir. Comm. 1965 I, p. 426.

- (89) Así la regulación del C. Civil, arts. 2257 y del C. Com. español, arts. 128, 129.
- (90) Vid. sobre este particular en especial TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 192 ss.; WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 290/291; REUTER, cit. p. 173 ss..
- (91) El tema viene referido prevalentemente a la sociedad comanditaria. Así, para el derecho italiano, DALMATELLO, L'esclusione dei soci, p. 93.
- (92) GIRON TENA, Sociedades Mercantiles (LEcciones) I, Valladolid 1967, p. 171.
- (93) Así expresamente WIDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 373.
- (94) Vid. el texto del art. 125 HGB. Para el derecho italiano vid. por todos FERRI, Manuale di Diritto commerciale, Torino 1972, p. 244. La situación, es diversa, sin embargo, en derecho francés. El art. 12 de la ley de 1966, designando al derecho anterior, admite expresamente que puedan ser administradores-gestores y representantes de la sociedad colectiva- los no socios. Vid. sobre este particular HEMARD/TERRE/MOBIAT, Sociétés commerciales, cit. p. 244-245.
- (95) Esta es la opinión dominante en derecho alemán. Vid. por todos HUECK, OHG, cit. p. 85-86; WEIPERT, Kommentar, cit., Anm. 10 al párrafo 114 HGB y Anm. 4 al párrafo 125 HGB. En este sentido en derecho español, GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 72.
- (96) Así PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 83 ss..

- (97) BACMEISTER, Der Ausschluss sämtlicher Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von deren Vertretung, ZHR 55, p. 417, cit. por WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 332 nota 16

- (98) En estos términos especialmente NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte, cit. p. 217.

- (99) Vid. WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 155 con referencia a la jurisprudencia alemana.

- (100) Vid. expresamente sobre este punto GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, p. 110-111; LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrechts, cit. p. 154.

- (101) En estos mismos términos NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 239; REINHARDT, Die Fortentwicklung, cit. p. 329; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 328 ss.,

- (102) Que se trata de una figura que expresa una constelación de intereses típicos ha sido sostenido por REINHARDT, Die Fortentwicklung, cit. p. 351-352.

- (103) Sobre el estado en la doctrina alemana vid. supra p. . En contra de esta solución vid. especialmente BUCHWALD, Nicht gesellschafter als Geschäftsführer bei der OHG und KG? Der Betrieb 1957, p. 109 ss..

- (104) Una exposición abreviada de esta concepción en FISCHER, HGB Kommentar, p. 144-145, con más indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.

- (105) Sobre esta distinción vid. WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 153.

- (106) En la doctrina italiana y alemana se ha sostenido la posibilidad de que el contrato exonere a uno o varios socios de las tareas administrativas sin nombrar en su lugar un administrador (HUECK, OHG, cit. p. 118; GHIDINI, Società personali, cit. p. 360). Esta sustracción convencional de facultades administrativas que corresponden originariamente al socio —supuesto diverso, no hay que decirlo, del de la revocación del administrador— ha sido criticada recientemente como una transgresión de un poder inherente a la esencia de los fenómenos societarios (en este sentido SPADA, cit. n. 195, p. 342).
- (107) Sobre este particular GALGANO, Gli amministratori, cit. p. 29; SPADA, La tipicità, cit. p. 357 ss. (359-360 especialmente) y allí más indicaciones.
- (108) Una exposición detallada de esta tesis en SPADA, La tipicità, p. 360 ss. con numerosas indicaciones.
- (109) Vid. GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, p. 63.
- (110) Así expresamente GIRON TENA, cit. p. 79. Vid. sin embargo p. 81 donde se critica la revocación sin causa como contraria a la comunidad de trabajo que hay que pensar es "de ordinario lo querido por los socios y lo regulado".
- (111) En el sentido del texto vid. GHIDINI, Società personali, cit. p. 393. En favor de la tesis del mandato in rem propriam como fundamento de la irrevocabilidad vid. FERRI, La società, cit. p. 170.
- (112) Vid. SPADA, La tipicità, cit. p. 313.
- (113) En este sentido ya WIELAND, Handelsrecht, cit. I, p. 565.

- (121) Vid. por todos HUECK, Gesellschaftsrecht, cit. p. 79; LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, cit. p. 155-156; FISCHER R., HGB Gross Kommentar Bd. II/1, Berlin New York 1973, p. 270-271.
- (122) Esta es la tesis de GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, p. 116.
- (123) En este sentido expresamente GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1 cit. p. 72.
- (124) Sobre los problemas interpretativos de este precepto vid. especialmente, para nuestro derecho, MENENDEZ, Auxiliares del empresario, RDM 27 (1959) p. 269 ss. (especialmente p. 293 ss.). Sobre la protección de los terceros de buena fe en orden a las limitaciones no inscritas vid. con carácter general, FERNANDEZ DE LA GANDARA-GARCIA VILLAVARDE; En torno al problema de la responsabilidad de los condominios (sic.) de buque, REDM (1965) p. 29 ss. (44-45) y allí una información de síntesis sobre la situación de la doctrina española.
- (125) En este sentido, para un ordenamiento como el alemán, menos abierto técnicamente a una interpretación de esta índole, vid. GOGOS, Die Geschäftsführung der OHG, Tübingen 1953, p. 15; REINHARDT, Die Fortentwicklung, cit. p. 351 ss.; JAEGER, Drittorganshaft, cit. p. 45. Vid. sobre este tema ya WIELAND, Handelsrecht, I, p. 572.
- (126) Para la distinción entre "geborene" y "bestellte Vertreter" vid. por todos WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 330-331.
- (127) En este sentido WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 331-332 y WESTERMANN, Handbuch der Personengesellschaften, cit. Rz. 879.

- (114) Vid. sobre este punto GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 214.
- (115) Esta es la doctrina dominante en derecho alemán en relación con el supuesto recogido en el parágrafo 146 I HGB. Sobre esta materia vid. por todos HUECK, OHG, cit. p. 364; WESTERMANN, Handbuch, cit. Ziff. 683; SCHLEGELBERGER-GESSLER, op. cit. Anm. 4 al parágrafo 147.
- (116) Esta tesis ha sido defendida recientemente en la doctrina alemana por WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 448-449 y allí más indicaciones.
- (117) Críticamente sobre esta posibilidad REUTER, Privatliche, cit. p. 179-180, 184; TEICHMANN, Gestaltungs-freiheit, cit. p. 122.
- (118) WIEDEMANN, (Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 374) dice que en la fase liquidatoria el paralelismo de intereses característico de los socios personalistas se sustituye por un "pluralismo de intereses", que separa este supuesto del de la normal actividad gestora.
- (119) Sobre este supuesto vid., con referencia al derecho alemán, TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit; cit. p. 122-123; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 457ss. (458-459); WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 375-376.
- (120) GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, p. 72.

- (128) Vid. en este sentido la primera directriz del Consejo de Ministros de la CEE, para coordinación de las normas de tutela dictadas en interés de los socios y los terceros, de 9.3.1968.
- (129) Vid. sobre este particular TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 120.
- (130) Vid. WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 333.
- (131) Sobre este tema vid. TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 119-120.
- (132) Así expresamente HUECK en el comentario a la sentencia del BGH de 22.1.1962, en JZ 1962, p. 362 ss. (363, 1ª columna).
- (133) Vid. HUECK, JZ 1962; cit. p. 362; WURDINGER, Das Recht der Personalgesellschaften, cit. p. 48 y bibliografía supra p.
- (134) En este punto SPADA, La tipicità, cit. p. 346; WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 451 y allí más indicaciones.
- (135) FERRI, Mandato, cit. p. 235.
- (136) SPADA, La tipicità, cit. p. 436-437.
- (137) Arts. 122, 2ª y 148, 4ª C. Com. español; art. 2313, 2320 C. Civile; parágrafo 164 HGB; art. 28 de la ley francesa de 1966.
- (138) Vid. SPADA, La tipicità, cit. p. 379.

Civile. Sobre este tema vid. por todos para el derecho italiano RIVOLTA, La partecipazione sociale, p. 327 ss.; para el derecho alemán con carácter general LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, cit. p. 178 ss.; HUECK, Gesellschaftsrecht, cit. p. 84 ss..

- (156) WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 61-62, con más indicaciones.

- (157) La opinión se encuentra extendida en la doctrina española, GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil I (1968) p. 286; SANCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, p. 137; BROSETA, Manual de Derecho Mercantil, Madrid 1971, p. 160; URIA, Derecho Mercantil (1975) p. 149. Este es también el argumento central en la doctrina extranjera. Vid. por todos HEMARD-TERRE-MOBILAT, Sociétés commerciales, cit. p. 232 ss. (233); WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. loc. ult. cit.; HUBER, Vermögensanteil, Kapitalanteil, und Gesellschaftsanteil, cit. p. 388 ss..

- (158) Así GIRON TENA, Los cambios de socios en las sociedades de personas, en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues I, Madrid 1971, p. 139 ss. (151-152).

- (159) Un tratamiento general de la posibilidad y límites de modificación del contrato social por decisión mayoritaria en SCHNEIDER, Die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft durch Mehrheitsbeschluss. Ein Beitrag zur Funktion und zum Umgang des Minderheitensschutzes bei Personengesellschaften, ZGR 4 (1972) p. 357 ss..

- (160) Para un tratamiento general de la cuestión en los ordenamientos latinos, vid. HEMARD-TERRE-MOBILAT, Sociétés commerciales, cit. p. 233; SANCHEZ CALERO, Instituciones, cit. loc. ult. cit.; GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 176 ss.; SIMONETTO, Responsabilità e garanzia, cit. p. 180.

Civil español III, cit. p. 572-573.

- (148) Sobre este tema vid. las referencias legislativas y doctrinales recogidas en SPADA, La tipicità, cit. p. 352 ss..
- (149) En este sentido vid. las matizaciones de REUTER, Privatrechtliche, cit. p. 176.
- (150) Esta es la evolución propuesta por NITSCHKE, Die Körperschaftlich, cit. p. 249 ss..
- (151) En contra de esta conclusión TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 124, según el cual la ausencia de una necesidad económica no es causa suficiente para considerar ilícita una cláusula contractual. Decisivo es, según él, el hecho de que ésta no choque con ninguno de los principios directivos del ordenamiento.
- (152) Así expresamente REINHARDT, Die Fortentwicklung, cit. p. 354; WESTERMANN, Handbuch, Ziff. 149. Sobre la GmbH Co. KG vid. supra p.
- (153) Vid. WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 335. Para un análisis detenido de la disciplina del socio sin cuota de capital vid. especialmente HUBER, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970, p. 289 ss..
- (154) En el derogado ADHGB, el art. 98 Abs. 1, se contenía una referencia a este temario al establecer que "sin aprobación de los demás, el socio no puede acordar el ingreso de un tercero en la sociedad". Sobre esta disciplina, WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 58; HUBER, Vermögensanteil, cit. p. 349 ss., 369 ss..
- (155) El ingreso y la salida del socio, como modificación del acto constitutivo, se encuentra previsto en el art. 2262 C.

- (139) Vid. SPADA, La tipicità, cit. p. 321.
- (140) Así LEHMANN-DIETZ, Gesellschaftsrecht, cit. p. 199, 203.
- (141) Art. 148, 4º C. Com. español y art. 28 de la ley francesa de 24.7.1966. Sobre las razones de este precepto vid. con carácter general GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 158
- (142) Vid. supra p. . Para un tratamiento reciente de esta problemática, referido a la sociedad de responsabilidad limitada, pero con argumentos aplicables también a la comanditaria, vid. EBENROTH, Kritische Bemerkungen zur Ausgestaltung der Kontrolle der GmbH-Geschäftsführer im Regierungsentwurf des GmbH-Gesetzes, ZGR 1972, p. 427 ss. (429 ss.); MOHRING, Geschäftsführungs und Überwachungsausschüsse in Personengesellschaften, JJB 7 (1966/67) p. 123 ss. (127).
- (143) Sobre la estructura interna de estas agrupaciones de socios o de terceros, vid. supra p.
- (144) Vid. supra p. (Cap. I). En general sobre este tema WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 335 ss., 446 ss..
- (145) Vid. en este sentido REUTER, Privatrechtliche, cit. p. 188.
- (146) Especialmente REUTER, cit. p. 180ss. (184-185). En contra de toda necesidad económica de la Drittenorganschaft, vid. también WIEDEMANN, Übertragung und Vererbung, cit. p. 374.
- (147) Sobre la validez del pacto de irrevocabilidad en derecho español, con referencia a la evolución de esta materia en la jurisprudencia, vid. por todos ESPIN, Manual de Derecho

- (161) Así expresamente para el derecho italiano, en base a lo dispuesto en el art. 2284 C. Civile, SIMONETTO, Responsabilità e garanzia, cit. p. 511; este es el pensamiento básicamente de URIA, Derecho Mercantil, cit. loc. ult. cit.,.
- (162) En el sentido de que cesión de la cuota inter vivos y continuación con los herederos del socio son fenómenos diversos, vid. SPADA, La tipicità, cit. p. 323-324, con argumentos que en lo fundamental creemos aplicables a nuestro derecho y allí más indicaciones (nota 159).
- (163) Una dirección distinta sigue SPADA, en base a la distinción, en planos diversos, de las diversas modalidades de modificación contractual, con argumentos que no creemos aplicables a nuestro sistema legal. Sobre este tema La tipicità, cit. p. 310 ss..
- (164) Para toda esta construcción vid. especialmente L'ABAND, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, en Festschrift für das gesamte Handelsrecht, XXX (1885) p. 469 ss. (p. 509-512 especialmente).
- (165) Vid. en nuestra doctrina con carácter general GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, Tomo 1, Madrid 1968, p. 268-269; URIA, Derecho Mercantil, cit. nº 121, habla del régimen de la responsabilidad como "característica especial" de cada una de las formas societarias. En los mismos términos, SANCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, Valladolid 1974, p. 133. Para una crítica del derecho positivo, GIRON TENA, Sociedades Mercantiles, II/1, cit. p. 23.
- (166) FERRI, Società di commercio, società interne, cit. p. 377. En este mismo sentido especialmente BERTO, Studi preliminari sulle trasformazioni delle società, Torino 1945, p. 213; BOLAFFI, La società semplice, cit. p. 380. Recientemente FERRARA, Jr, Gli imprenditori e le società, 5ª ed. Milano 1971, p. 295 (con referencia a la colectiva).

- (167) FERRI, op. ult. cit., loc. ult. cit..
- (168) Así expresamente FERRO-LUZZI, I contratti associativi, cit. Milano 1971, p. 377 y SPADA, La tipicità, cit. p. 76-77. La nota de neutralidad de la organización había sido puesta ya de relieve por WIELAND, Handelsrecht, cit. I, p. 457, nota 18.
- (169) Vid. especialmente SOPRANO, Trattato teorico-pratico delle società commerciali I, Torino 1934, n. 102, p. 103; SALAN DRA, Le società irregolari nel diritto vigente, Roma 1935, p. 37-38. En contra NAVARRINI, Delle società e delle associazioni commerciali, cit. p. 80.
- (170) La posibilidad está admitida por la doctrina más autorizada. Vid. en este sentido VON THUR, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1910, p. 327; recientemente ESSER, Schuldrecht, Karlsruhe 1960, p. 85; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 10 Aufl., München 1970, p. 19.
- (171) En derecho alemán, a falta de una disposición análoga a la recogida en el art. 2740 C. Civil, se sostiene que los pactos de limitación de la responsabilidad pueden tener carácter real, en el sentido de producir una inespropiedad de los bienes objeto del acuerdo, pero sólo con eficacia frente al acreedor. Vid. por todos ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958, p. 12.
- (172) Vid. ROMANO-PAVONI, Teoria delle società, cit. p. 272-273; GRAZIANI, Sull' ammissibilità delle c.d. società atipiche, en Studi di Diritto Civile e Commerciale, Napoli 1953, p. 463 ss. (p. 467); FERRI, Delle società, cit. p. 73.
- (173) Se trata en todo caso de pactos parasociales sin relevancia para el régimen de responsabilidad prevista en la ley. El hecho finalmente de que la operatividad de acuerdos modificativos de la responsabilidad dependa básicamente del mecanismo de la publicidad, expresa con una mayor claridad todavía esta disociación entre régimen de responsabilidad

legal y régimen negocial. La eficacia de la cláusula, en los límites que ya hemos indicado, deriva de la inscripción o, en su caso, de la publicidad de hecho, mientras que si se tratase de una verdadera y propia alteración del régimen de responsabilidad social, la inscripción de la cláusula en el registro debería, como máximo, condicionar su oponibilidad frente a los terceros. Así SPADA; La tipicità, cit. p. 69-70. En este sentido ya SALANDRA, Le società irregolari, cit. p. 52-53, 164, 179 al afirmar que la responsabilidad -convencional- de los socios no se actúa por el acto de la promesa unilateral, en cuanto a tal, sino por la publicidad de ese acto o por la apariencia de la situación societaria creada.

- (174) En especial sobre este último tema WIETHOLTER, Die GmbH Co., KG Chancen und Grenzen, en Aktuelle Probleme der GmbH Co., Köln 1967, p. 11 ss. (37 ss.); ID., Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, en Probleme der GmbH-Reform, cit. p. 11 ss. (17, 37); MERIENS, GmbH Co. und Gesellschaftsdogmatik, GmbH-Rdsch. 1967, p. 45 ss. (47); BALLERSTEDT, 75 Jahre GmbH-Gesetz, GmbH-Rdsch. 1967, p. 66 ss. (69 ss.).

- (175) LIMBACH, Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit, GmbH-Rdsch. 1967, p. 71 ss. (73); PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 38 ss..

- (176) Así expresamente MULLER-HERZBACH, en diversas aportaciones sobre el tema. Vid. especialmente, Die Haftung und die Vermögensbeteiligung der Kommanditisten und des Stillen Gesellschafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung, en Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, Marburg 1931, p. 737 ss.; Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar, 1948, p. 114; Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, AcP 154 (1955) p. 299 ss. (342 ss.).

- (177) Sobre este segundo aspecto vid. SIEBERT, Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung, cit. p. 334 ss..

- (178) Sobre esta doble función, WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung, cit. p. 326 ss.; TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 125-126.
- (179) En este último sentido WORDINGER, Das Recht der Personengesellschaften, cit. p. 15, 42; PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 71-72; OTT G., Typenzwang, cit. p. 211 ss..
- (180) En la literatura más reciente el tema de conexión Herrschaft-Haftung viene examinado sistemáticamente dentro de los problemas sobre organismo de terceros en las sociedades de personas. En este sentido por ejemplo NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 252 ss. (258 ss.); SPADA, La tipicità, cit. p. 346 ss..
- (181) Sobre este aspecto especialmente WIEDEMANN, Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, en WIEDEMANN/BAR/DABIN, Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, .. Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Frankfurt 1968, p.17 ss..
- (182) Así expresamente PAULICK, Die eingetragene, cit. p. 72. Para un desenvolvimiento de este principio en la doctrina económica vid. EUCKEN, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3ª ed., Tübingen-Zürich 1960, p. 279, todo el capítulo dedicado a la responsabilidad patrimonial.
- (183) En estos términos ya WORDINGER, Das Recht der Personengesellschaften, cit. p. 32.
- (184) Entre los defensores de esta solución hay que mencionar especialmente a WORDINGER, Das Recht der Personengesellschaften, cit. p. 37; SCHLEGELBERGER, Die Handelsgesellschaften im Spiegel der neuen Rechtsauffassung, Soz. Prax. 1939, p. 1 ss. (p. 6). Sobre este tema vid. unos años después GROSSMANN-DOERTH, Zur Reform der Kommanditgesellschaft, Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtung, AcP 147 (1948) p. 1 ss. (13 ss. especialmente). Desde otro tipo de planteamiento este es también el resultado al que llega,

en época reciente, WIEDEMANN, en su comentario a la sentencia de BGH de 9.12.1968, en JZ 1969, p. 470 ss. (471).

- (185) Vid. como más importantes; BOESEBECK, Die kapitalistische, cit. p. 66; SILBERSCHMIDT, Die Haftung der am Unternehmen, cit. p. 145; REINHARDT, Gedanken zum Identitätsproblem, cit. p. 591 y autores citados en las notas 174 y 175.
- (186) Recientemente sobre este tema BIEDENKOPF, Verträgliche Wettbewerbsbeschränkungen, cit. p. 124.
- (187) Sobre toda esta materia, con referencia al derecho alemán, pero con argumentos que serían aplicables mutatis mutandis a ordenamientos como el nuestro, donde la posición del 'comanditario viene regulada en términos más restrictivos, vid. NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 270 ss..
- (188) Vid. expresamente el párrafo 309 de la ley de sociedades anónimas alemana de 1965.
- (189) Vid. por todos GIRON TENA, Sociedades Mercantiles II/1, cit. p. 158.
- (190) En este sentido NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 264.
- (191) EUCKEN, Grundsätzen, cit. p. 281.
- (192) GIERKE O., Die Genossenschaftstheorie, cit. p. 803.
- (193) En estos términos expresamente WIETHOLTER, Die GmbH Co. KG, cit. p. 40

- (194) Vid. sobre este particular WESTERMANN H.P., Vertragsfreiheit, cit. p. 274.
- (195) WIETHOLTER, Die GmbH Co. KG, cit. p. 42.
- (196) Vid. en este sentido TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit, cit. p. 102.
- (197) Sobre este tema, en el marco de una revisión general del principio de seguridad jurídica en derecho actual, vid. WIEDEMANN, Rechtsicherheit, Ein absoluter Wert?, Gedanken zum Bestimmtheitserfordernis zivilrechtlicher Tatbestände, Fest. für Larenz 1974, p. 199 ss. (p. 205 ss.). En los mismos términos WIETHOLTER, op. ult. cit., p. 36; LIMBACH, Die beschränkte Haftung, cit. p. 73, nota 17; NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 260.
- (198) Para un examen detenido de este problema vid. especialmente WIETHOLTER, op. ult. cit., p. 39 ss..
- (199) Vid. supra p.
- (200) BGHZ '45, 204 (206), NJW 1966, 1309 y WIETHOLTER, op. ult. cit., p. 38; Una crítica a esta doctrina jurisprudencial en NITSCHKE, Die körperschaftlich, cit. p. 262.
- (201) Sobre la más reciente evolución de la doctrina italiana vid. LINONATI, Responsabilità e rischio d'impresa, en RIV. Dir. Com. 1974, p. 102 ss. donde recensiona dos monografías italianas sobre el tema.
- (202) MULLER-ERZBACH, Das Private Recht, cit. p. 117.

- (203) Vid. en especial LIMBACH, Theorie und Wirklichkeit, cit. p. 101 ss. y Die beschränkte Haftung, cit. p. 73.
- (204) WIETHOLTER, op. ult. cit., p. 36. La expresión ha sido acogida por numerosos autores. Vid. KOLLER, Grundfragen cit. p. 134-135; MERTENS, GmbH Co. und Gesellschafts-dogmatik; cit. p. 47, nota 17; WESTERMANN H.P., Vertrags-freiheit, cit. p. 273.
- (205) WIETHOLTER, op. ult. cit., p. 37.
- (206) WIELAND, Handelsrecht, cit. I, p. 389.
- (207) Vid. los comentarios a la reforma citados, supra p.
- (208) Sobre este tema vid. por todos DALMARTELLO, Società tipiche e clausole atipiche cit. passim
- (209) Vid. por todos LARENZ, Methodenlehre cit. p. 128 ss.
- (210) Así expresamente NITSCHKE, Die körperschaftlich cit. p. 151 ss.
- (211) Sobre el tema FISCHER R., Gedanken über einen Minderheiten-schutz bei den Personengesellschaften en Fest. f. Barz cit. p. 33 ss.
- (212) Möhring, Zur Zulässigkeit von Abfindungsklauseln in den Ver-trägen der Handelsgesellschaften en FEST. f. Barz cit. p. 49 ss.
- (213) Sobre el carácter instrumental del derecho de sociedades vid. ya WIELAND, Handelsrecht cit. I p. 478; II p. 288; BOESEBECK, Die kapitalistische cit. 1 ss.; ZIELINSKI, Grundtypenvermischungen. cit. p. 65. Ultimamente WIETHOLTER, Die GmbH Co. KG cit. p. 11 ss. y sobre todo MERTENS, GmbH Co. cit. p. 45 ss. y Die Einmann-GmbH cit. p. 1049
- (214) KUHN, Strohmanngründung cit. p. 85
- (215) DUDEN, Grenzen der Vertragsfreiheit im Recht der Personen-gesellschaften. Eine Besprechung der Monographien von Teich-mann, Huber, H. P. Westermann und Ott, ZGR 1973 p. 360 ss. (365)
- (216) Una pauta del método de trabajo que hoy resulta necesario puede verse en WIETHOLTER, en su conocida Referat de 1967 (GmbH Co. KG cit. pags. 36 a 45)

AAMN	:Anales de la Academia Matritense del Notariado
AcP	:Archiv für die civilistische Praxis
ADC	:Anuario de Derecho Civil
AG	:Die Aktiengesellschaft
AkG	:Aktiengesetz
Anm	:Anmerkung
AWD	:Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	:Der Betriebsberater
BGB	:Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	:Bundesgerichtshof
BGHZ	:Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	:Der Betrieb
Diss.	:Dissertation
DJT	:Deutscher Juristentag
Dir.,prat.,comm.	:Diritto e pratica commerciale
DNotZ	:Deutsche Notarzeitung
FamRZ	:Familienrechtszeitschrift
Giur.,compl.,cass.,civ.	:Girisprudenza completa de la corte suprema di cassazione
HGB	:Handelsgesetzbuch
IherJb	:Ihrings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JBl	:Juristische Blätter
JurA	:Juristische Analysen
Jus	:Juristische Schulung
JR	:Juristische Rundschau
JZ	:Juristenzeitung
Mass LR	:The Massachusetts law review
Mich LR	:Michigan law review

- NJW :Neue Juristische Wochenschrift
- RDM :Revista de Derecho Mercantil
- RDP :Revista de Derecho Privado
- REDM :Revista Española de Derecho Marítimo
- Rev.prat.soc. :Revue pratique des sociétés civiles et commerciales
- Rev.trim.dr.comm. :Revue trimestrielle du droit commercial
- RGLJ :Revista General de Legislación y Jurisprudencia
- RHDMeE :Revue historique du droit maritime et étrangère
- Riv.dir.civ. :Rivista di diritto civile
- Riv.dir.comm. :Rivista del diritto commerciale
- Riv.dott.comm. :Rivista dottrina commercialisti
- Riv.soc. : Rivista delle società
- Riv.trim.Dir.Proc.Civ. :Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
- ZBJV :Zeitschrift der Bernischen Juristenvereins
- SAG :Die schweizerische Aktiengesellschaft
- SJZ :Schweizerische Juristen Zeitung
- ZfgG :Zeitschrift für gesamte Genossenschaftsrecht
- ZGR :Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
- ZHR :Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
- ZSR :Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ADLER - DURING - SCHMALTZ. -Rechnungslegung u. Prüfung der Aktiengesellschaft. Handkommentar.- Stuttgart 1968-72.

ARBEITSKREIS GmbH-REFORM (G. HUECK/M. LUTTER/H. J. MERTENS/E. REBHINDER/P. ULMER/H. WIEDEMANN/ZÖLLNER)-

Die Handelsgesellschaft auf Einlagen. Eine Alternative zur GmbH Co. KG.- Heidelberg 1971

ASCARELLI. -Il contratto plurilaterale, en Studi in tema di contratti.- Milano 1952.

ASCARELLI. -Iniciación al estudio del derecho Mercantil.- Trad. Verdera. Barcelona 1964.

AULETTA. -La comunanza dello scopo e la causa nel contratto di società.- Riv. Dir. Civ. 1973, p. 1 ss.

AULETTA. -Il contratto di società commerciale.- Milano 1937

AULINGER. -Die atypische stille Gesellschaft.- Düsseldorf 1955.

BACMEISTER. -Der Ausschluss sämtlicher Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von deren Vertretung.- ZHR 55, p. 417.

BAR R. -Aktuelle Fragen des Aktiensrechts.- ZSR 1966, II, p. 321ss.

BAR R. -Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft.- ZBJV 95 (1959), p. 369 ss.

BALLANTINE. -On Corporation.- (1946)

BALLERSTEDT. -Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personalgesellschaften.- JuS 1963, p. 253.

" 75 Jahre GmbH-Gesetz.- GmbH-Rundschau 1967, p. 66 ss.

" Vertragsfreiheit und Konzentration: Rechtsprobleme einer Begründung und Bindung von Marktmacht, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II.- Berlin 1960, p. 31.

" Unternehmen und Wirtschaftsverfassung.- JZ 1951, p. 486

" GmbH-Reform, Mitbestimmung und Unternehmensrecht.- ZHR 135, p. 479.

" Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften.- Tübingen 1949.

" Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II.- Berlin 1960, p. 871.

BARMANN. -Europäische Integration im Gesellschaftsrechts.- Köln-Berlin-Bonn-München 1970.

BARZ. - Das Ende der GmbH Co. KG.- NJW 1972, p. 465.

BATTES. - Rechtsformautomatik oder Willensherrschaft?.- AcP 174 (1974) p. 429 ss.

BEITZKE. -Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerverhältnissen.-
Schloss Bleckede (Elbe) 1948.

BERLE. -Corporate Powers as Power in Trust.- Harvard L.R., Mass. (1931)
p. 1965.

BERTO. -Studi preliminari sulle trasformazione delle società.- Torino 1945.

BETTI. -Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sog. Typenfreiheit des heutigen Rechts. Fest. für L. Wenger. München 1944, p. 249 ss.

" -Moderne dogmatische Begriffsbildung in der Rechts und Kulturgeschichte.- Studium Generale 12 (1959), p. 87 ss.

BEYERLE. -Gesetzliche Umwandlung einer OHG Co. KG in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.- NJW (1972), p. 229.

BIEDENKOPF. -Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht.- Fest. für Franz Böhm. Karlsruhe 1965, p. 113.

BÖHM. -Wettbewerb und Monopolkampf.- Berlin 1933.

BOESEBECK. -Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften.- Frankfurt 1937.

" -Die Kapitalistische Kommanditgesellschaft.- Frankfurt 1938.

BÖTTCHER/ZARTMANN. -Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung.- Stuttgart 1968.

BÖTTCHER/HAX/KUNZE/NELL-BREUNNING/ORTLIEB/PRELLER. -Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung.- Berlin 1968.

BOLAFFI. -Contratto tipico e tipi sociali.- Nota a Cass. 7 agosto 1948, n. 1439 in Giur. Compl. Cass. Civ. 1949, XXVII, 3^a, p. 263 ss.

" -La società semplice.- Milano 1947.

BOLAFFIO. -Il diritto commerciale.- Torino 1922.

BÖRNER. -Die Erbgemeinschaft als Gesellschafterin einer OHG.- AcP 166, p. 426 ss.

BRECHER. -Subjekt und Prolegomena zu einer Lehre von den Personenzusammenschlüsse. Fest. für Hueck, München 1959, p. 243.

BRÖNNER. -Die Besteuerung der Gesellschaften des Gesellschafterswechsel und der Umwandlungen.- Stuttgart 1965.

BROSETA PONT. -Manual de Derecho Mercantil.- Madrid 1971.

BRUNETTI. -Trattato del diritto delle società.- Milano 1946.

" -Lezioni sulle società commerciali.- Padova 1936.

- BUCHWALD. -Nichtgesellschafter als Geschäftsführer bei OHG und Kg.- Der Betrieb 1957, p. 109 ss.
- BUCHNER. -Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften.- AcP 169, p. 483.
- BUCHWALD. -Die beschränkte Haftung des Kommanditisten nach Handels- und Steuerrecht.- JR 1961, p. 245.
- BYDLINSKI. -Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts.- Wien-New York 1967.
- CAEMMERER. -Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen, en Quo vadis vadis ius societatum?.- Liber amicorum P. Sanders, Deventer v. s Gravenhage 1972, p. 17 ss.
- CAIN. -Charlesworth's Company Law.- 9^a ed.(1968), p. 109 ss.
- CAROSELLI. -L'associazione in partecipazione.- Padova 1930.
- CASTAN. -Derecho civil español IV.- Madrid 1961.
- CATAUDELLA. -Intuitus personae e tipo negoziale, en Studi in onore di Santoro Pasarelli, p. 35.
- CHARMATZ. -Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge.- Brün 1937.
- COHN. -Zur Legitimationsübertragung von Inhaberaktien.- ZHR 92, p. 337.
- COING. -Die juristische Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik.- Köln/Opladen 1959.
- COSAK. -Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches.- Bd. 2, Aufl. 4. Jena 1904.
- CROME. -System des deutschen bürgerlichen Rechts.- Tübingen-Leipzig 1900.
- DALMARTELLO. -I rapporti giuridici interni nelle società commerciale.- Milano 1937.
- " -Società tipiche e clausule atipiche.- Riv. Dir. Com. 1960, p. 225 ss.
- DE CASTRO. -La sociedad anónima y la definición del concepto de persona jurídica.- ADC 1949, p. 1397 ss.
- " -El negocio jurídico.- Tratado práctico y crítico de Derecho civil.- Vol. X. Madrid 1967.
- DILCHER. -Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen.- NJW 13 (1960), p. 1040-1043.

- DE GREGORIO. -Delle società e delle associazioni commerciali, en Il Codice di Commercio commentato.- UTET, Torino 1938.
- DERNBURG. -Pandekten.- Bd. I, 3 Aufl. Berlin 1892.
- DIEDERICHSEN. -Die Haftung des Warenherstellers.- München 1967
- DODD. -For whom ar corporate Managers Trustees.- Harvard L.R. (1932), p. 1145.
- DONALD E. SCHWARTZ. -Campaign to make General Motors responsible.- Mich. L.R. 69 (1970), p. 419 ss.
- DRAHEIM. -Die Genossenschaft Unternehmungstyp.- Göttingen 1952.
- DROBNIG. -Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften.- Frankfurt-Berlin 1959.
- DUDEN. -Das Unternehmen. Menschen und Mittel.- Fest. für Barth (1971), p. 14 ss.
- " -Über Unternehmensziele, en Festgabe für O. Künze (1969), p. 127 ss.
- " -Zur Methode der Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum "Unternehmensrecht", en Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht.- Fest. für W. Schilling, Berlin-New York 1973, p. 309 ss.
- DUQUE. -Société, association et entreprise en droit espagnol, en Evolution et perspectives du droit des sociétés, à la lumière des différentes expériences nationales.- Milano 1968, p. 68 ss.
- " -Sociétés commerciales et types de sociétés en droit espagnol, en Evolution et perspectives ...- p. 297 ss.
- DURINGER-HACHENBURG-FLECHTHEIM. -Handelsgesetzbuch. Bd.2,2. Hälfte, 3. Aufl., Mannheim 1932.
- EBENROTH. -Kritische Bemerkungen zur Ausgestaltung der Kontrolle der GmbH-Geschäftsführer im Regierungsentwurf des GmbH-Gesetzes.- ZGR (1972), p. 427 ss.
- EHRlich. -Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich.- Jena 1899.
- EICHLER. -Die Rechtslehre vom Vertrauen. Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens.- Tübingen 1950.
- EINMAHL. -Die erste Gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates des Europäischen Gemeinschaften und ihre Bedeutung für das deutsche Aktienrecht.- AG 14 (1969), p. 167 ss.
- ENDEMANN. -Recht der Schuldverhältnisse.- Berlin 1903.
- ENGISCH. -Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft.- Heidelberg 1968.

- ENGISCH. -Einführung in das juristische Denken.- Stuttgart 1968.
- ENNECCERUS-LEHMANN. -Recht der Schuldverhältnisse.- 15. Aufl., Tübingen 1958.
- ENNECCERUS-NIPPERDEY. -Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.- Bd. I, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., Tübingen 1959/1960.
- ERLINGHAGEN. -Haftungsfragen bei der unterkapitalisierten GmbH.- GmbH-Rundschau 1962, p. 169.
- ERMAN. -Verwaltung der Rechte eines Kommanditisten durch einen persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft.- Fest. für Nipperdey, Bd. 1, 1965, p. 277 ss. (München)
- ESCARRA ET RAULT. -Traité théorique et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales.- Tomo I. Paris 1950.
- ESPIN. -Manual de Derecho civil español.- Vol. III: Obligaciones y contratos. Madrid 1970.
- ESSER. -Schuldrecht. Ein Lehrbuch.- 2. Aufl., Karlsruhe 1960.
- " -Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts.- Tübingen 1956.
- " - 242 BGB und die Privatautonomie.- JZ 1956, p. 555.
- EUCKEN. -Grundlagen der Nationalökonomie.- 8. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1965.
- EUCKEN. -Grundsätze der Wirtschaftspolitik.- 3. Aufl., Tübingen-Zürich 1960.
- FANELLI. -Le partecipazioni sociali reciproche.- 1957.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA. -Problemas actuales del derecho de sociedades. La Reforma del Derecho de Sociedades en Holanda.- RDM 1971, p. 391 ss.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA/GARCIA VILLAVARDE. -En torno al problema de la responsabilidad de los condóminos de buque.- REDM 9-10 (1965), p. 29 ss.
- FERRARA Jr. -Gli imprenditori e le società.- 5ª ed. Milano 1971.
- FERRI. -Associazione in partecipazione e società irregolare, in Dir. prat. comm., 1941, II, p. 73 ss.
- " -Società di commercio, società interne, società atipiche: variazioni su vecchio tema, in Studi per Scorza.- Roma 1940. p. 377 ss.
- " -Manuale di Diritto Commerciale.- 3ª ed. Torino 1972.
- " -Le Società.- Torino 1971.
- " -Delle società. Commentario del Cod. Civ. a cura di Scialoja e Branca.- Bologna-Roma 1955.

- FERRI G.B. -Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico.- Milano 1966.
- FERRO-LUZZI. -I contratti associativi.- Milano 1971.
- FETSCH. -Abschreibungsgesellschaften, Gesetzesüberblick und Einzelfragen, en Fest. für Knur (1972), p. 65 ss.
- FIKENTSCHER. -Zur Begriff und Funktion des "gemeinsamen Zweck" im Gesellschaft- und Kartellrecht, en Fest. für Westermann.- Karlsruhe 1974, p. 87 ss.
- FISCHER R. -Der Minderheitenschutz bei Kapitalgesellschaften, Hefte der der Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen deutschen und italienischen Juristen.- Karlsruhe 1967.
- " -Fragen aus dem Recht der stillen Gesellschaft.- JR 1962, p. 201.
- " -Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem.- Fest. für W. Schmidt, Berlin 1959, p. 117 ss.
- FLECHTHEIM. -Gutachten, en Verhandlungen und Berichte des Ausschusses zur Untersuchung der Erzeugungs und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft.- Mannheim 1922.
- FLUME. -Rechtsgeschäft und Privatautonomie, en Hundert Jahre deutsches Rechtsleben.- Fest. zum hundert jährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860-1960. Bd. I, Karlsruhe 1960, p. 135ss.
- " -Die Vertragsfreiheit -Möglichkeiten und Grenzen- aus der Sicht der Kautelarjurisprudenz.- 18. Deutscher Notartag. Köln, München 1969, p. 30.
- " -Die Konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, en Zur grossen Aktienrechtsreform.- Hannover 1962.
- " -Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.- Bd. II: Das Rechtsgeschäft. Berlin-Heidelberg-New York 1965.
- FOGARTY M. -Wider Business Objectives.- PEP/Broschüre, n. 495. Mai 1966.
- FORTSMOSER. -Zur Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft.- ZSR 90/I, (1971), Fac. 3, p. 339 ss.
- " -Grossgenossenschaften.- Zürich 1970.
- FORSTHOFF. -Lehrbuch des Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil.- München 1966.
- FRITZE. -Zur Haftung des Kommanditisten für Gesellschaftsschulden.- AJW 1956, p. 975.
- FROLICH. -Vom zwingenden und nichtzwingenden Recht. Diss. Zürich 1922.

GADOW-HERNICHEN. -Aktiengesetz, Grosskommentar.- Berlin-New York 1973.

GALBRAITH. -The industrial State.- Ediciones Penguin 1969.

" -Die moderne Industriegesellschaft.- München 1967.

GALGANO. -Gli amministratori di società personali.- Padova 1963.

GARRALDA VALCARCEL. -La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Derecho Alemán.- Oviedo 1967.

GARRIGUES. -Teoría general de las sociedades mercantiles.- RDM 1974, p. 7 ss.

" -Curso de Derecho Mercantil.- Tomo I, 5ª ed. Madrid 1968.

" -Tratado de Derecho Mercantil III/1.- Madrid 1964

GEILER. -Die wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht.- Gruchot-Beiträge 68 (1927), p. 593 ss.

" -Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktiensrechts.- Berlin 1927.

" -Gesellschaftsrechtliche Organisationsformen des neuen Wirtschaftsrechts.- Mannheim 1922.

GESSLER. -Gesetzgeberische Probleme der GmbH Co. KG, in Fest. für Kastner.- Wien 1972, p. 155 ss.

" -Probleme der GmbH-Rechtsreform. GmbH-Rundschau 1966, p. 101.

" -Entwicklungstendenzen im Gesellschaftsrecht.- BB 1968, p. 717.

GHIDINI. -Società personali.- Padova 1972.

GIERKE O. -Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht.- Leipzig 1889.

" -Deutsches Privatrecht. Bd. I, Allgemeiner Teil und Personenrecht.- München-Leipzig 1836.

" -Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung.- Berlin 1887

" -Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.- Berlin 1888.

GIERKE J. -Die Gesellschaft im weiteren Sinn.- ZHR 119 (1956), p. 141ss.

" -Handelsrecht und Schiffahrtsrecht.- 8. Aufl., Berlin 1958.

GIRON TENA. -Apuntes de Derecho Mercantil 1ª (Sociedades, Parte General) Madrid 1973-1974.

" -Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro derecho.- Estudios de Derecho Mercantil. Madrid 1955.

- GIROM TENA. -Sociedades Mercantiles (Lecciones) I Parte General. 3ª ed. Valladolid 1967.
- " -Los cambios de socios en las sociedades de personas, en Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues I, Madrid 1971, p. 139 ss.
- " -Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones, en Publicaciones conmemorativas del centenario de la ley del Notariado. Vol. IV, Secc. 3ª, Madrid 1963, p. 1 ss.
- " -Sociedades Mercantiles (Lecciones), 2ª ed., Parte especial II-I. Valladolid 1962.
- " -Las sociedades irregulares.- ADC 1951, p. 1291 ss.
- " -Sociedades y Bolsa, en Coloquios de derecho Bursatil.- Bilbao 1970
- " -Las grandes empresas.- Méjico-Valladolid 1965.
- GOGOS. -Die Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft.- Tübingen 1953.
- GODIN-WILHEM. -Aktiengesetz. Bd. 1, Berlin-New York 1971.
- GOLDSCHMIDT. -Handbuch des Handelsrechts.- Bd. I, Teil 1: Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891.
- GOLGANO. -Gli amministratori di società personali.- Padova 1963.
- GORE. -Le contrôle de la constitution des sociétés dans le projet français de code des sociétés.- Rev. Trimm, Droit Comm. 1965, p. 269.
- GOWER. -The principles of modern Company Law.- London 1969.
- GRAZIANI/MINERVINI. -Manuale di Diritto Commerciale.- Napoli 1972.
- GRAZIANI. -Sulla ammissibilità delle c.d. società atipiche, en Studi di diritto civile e commerciale.- Napoli 1963, p. 463.
- " -Diritto delle società.- 5ª ed. Napoli 1962.
- GRECO. -Le società nel sistema legislativo italiano.- Torino 1959.
- GROSSFELD. -Aktienrecht, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär.- Tübingen 1968.
- GROSSMANN. -Die Vertragsfreiheit als ökonomisches und juristisches Grundprinzip.- ungedruck. Diss. Hamburg 1959.
- GROSSMANN-DOERTH. -Zur Reform der Kommanditgesellschaft. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtung.- AcP 147 (1948), p. 1 ss.
- GUTZWILLER. -Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson.- ZSR 83 (1964), p. 427.

- HALLSTEIN. -Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den Auslandsrechten.- Rabels Zeitschrift 12 (1939), p. 341 ss.
- HARTMANN. -Die grosse Publikumsgesellschaft und ihre Investor Relations.- Berlin 1968.
- HASSEMER. -Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik.- Köln 1968.
- HAUPT. -Vertragsfreiheit und Gesetz.- ZAKOR 43, p. 84.
- HAUPT-REINHARDT. -Gesellschaftsrecht.- 4. Aufl. Tübingen 1952.
- HECK. -Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz.- Tübingen 1932.
- " -Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz.- AcP 112. Tübingen 1914.
- " Grundriss des Schuldrechts.- Tübingen 1920.
- HEINSHEIMER. -Über die Teilhaberschaft, Beiträge zum inneren Recht der Personalgesellschaften.- Heidelberg 1930.
- HELD. -Rechtsformen zulässiger Kartelle.- Köln-Berlin-Bonn-München 1963.
- HEMARD. -Le problème des types de sociétés en Droit français, en Evolution et perspectives du Droit des Sociétés à la lumière des différentes expériences nationales.- Tomo I. Milano 1968, p. 321 ss.
- HEMARD/TERRE/MOBILAT. -Sociétés Commerciales.- Tomo I. Paris 1972.
- HERSCHEL. -Die typologische Methode und das Arbeitsrecht.- Festgabe für Kunze, Berlin 1969, p. 225.
- HESSELMANN. -Handbuch der GmbH Co. KG. 8. Aufl., Köln 1965.
- v. HIPPEL. -Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie. Beiträge zu einem natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts. Tübingen 1936.
- HIRSCH. -Problèmes actuels du Droit de la société anonyme.- ZRS 85 (1966) II, p. 1 ss.
- HIRSCH E. -Der gesetzlich fixierte "Typ" als gefahrenquelle der Rechtsanwendung.- Fest. für Tiburtius, Berlin 1964, p. 383.
- HOENIGER. -Die gemischten Verträge in ihren Grundformen.- Mannheim/Leipzig 1910.
- HOFFMANN. -New Horizons for the close Corporation in New York under its New Business Corporations Law.- 28 Brooklyn L.Rev. 1 (1961).
- HOFMANN. -Unbeschränkte Kommandittistenhaftung und gesetzliche Wertung.- NJW 1969, p. 577.
- HUBER. -Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung.- JurA 1970, p. 784 ss.

- HUBER. -Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts.- Heidelberg 1970.
- HUBER H. -Die Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit.- Berlin 1966.
- HUECK. -Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in einer Kommanditgesellschaft.- ZHR 125, p. 1 ss.
- " -Das Recht der offenen Handelsgesellschaft.- 4. Aufl. Berlin 1972.
- " -Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften.- Fest. für Nipperdey. München-Berlin 1965, Bd. I, p. 401 ss.
- " -Gesellschaftsrecht. Ein Kurzlehrbuch.- München-Berlin 1972.
- " -Gestaltungsklagen im Recht der Handelsgesellschaften, ein Recht im Wandel.- Köln, Berlin-Bonn-München 1965, p. 287.
- " -Gesellschafterbeschlüsse bei offenen Handelsgesellschaften, ein Beiträge zum Wirtschaftsrecht.- Bd. II. Marburg 1931, p. 700 ss.
- " -Der Treuegedanke im modernen Privatrecht. Sitzungsberichte der Bayerische Akademie der Wissenschaften.- Heft 7, München 1947.
- HUECK G. -Zur Tätigkeit des Kommanditisten im Dienst der KG.- DB 1962, 1963.
- " -Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht.- München 1958.
- HUECK/LUTTER/MERTENS/REBHINDER/ULMER/WIEDEMANN/ZOLLNER. -Die Handelsgesellschaft auf Einlagen eine Alternative zur GmbH Co. KG.- Arbeitskreis GmbH-Reform. Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform. Bd. I. Heidelberg 1971, p. 55.
- ILGEN. -Die Einmann-Gesellschaft als atypische Gesellschaftsform im Deutschen und Französischen Recht.- Köln 1969.
- IMMENG. -Die personalistische Kapitalgesellschaft.- Bad Homburg 1970.
- " -Aktiengesellschaft, Aktionärinteressen und institutionelle Anleger.- Tübingen 1971.
- JÄGGI. -Ungelöste Fragen des Aktienrechts.- SAG 31 (1958/59), p. 65.
- " -Vom Abstimmungsverfahren in der Aktiengesellschaft, Festgabe für Obrecht.- Solothurn 1961.
- JAEGER. -Dritterganschaft bei der offenen Handelsgesellschaft.- Düsseldorf 1966.
- JOLIDON. -Problèmes de structure dans le droit des sociétés. Portée et limites de la théorie des types, en Schweizerischer Juris-

tenverein, Referate und Mitteilungen.- ZSR Heft 3 (1968),
p. 427 ss.

KAUFMANN A. -Analogie und Natur der Sache, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus.- Karlsruhe 1965.

KLAUSING. -Wirtschaftsrecht, en Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Fest. für E. Heymann. Bd. I, Marburg. 1931, p. 1.

KLEINERTZ. -Missbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH.- Diss. Köln 1967.

KLOTZ. -Der Missbrauch der Rechtsform der Kommanditgesellschaft.- Diss. Köln 1938.

KNUR. -Die GmbH Co.; en GmbH-Reform, de Barz, Forster, Knur, Limbach, Rehbinder, Teichmann.- Bad Homburg-Berlin-Zürich 1970, p. 164ss.

KOENIGS. -Die stille Gesellschaft.- Berlin 1961.

KOHL/KUBLER/WALZ/WUSTRIG. -Abschreibungsgesellschaften, Kapitalmarkteffizienz und Publizitätszwang, Plädoyer für ein Vermögensanlagegesetz.- ZHR 138 (1974), p. 1..ss.

KOHLER H. -Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform.- JZ, 1956, p. 136.

KOLLER. -Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht.- Freiburg (Schweiz) 1967.

KOLLMAR. -Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs.- Tübingen 1961.

KORNBLUM. -Die Auswirkungen der "gesetzlicher" Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine BGB Gesellschaft auf die Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis der Gesellschafter.- BB (1972), p. 1032 ss.

KRONSTEIN. -Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung.- BB(1960), p. 221ss.

KUHN. -Die Minderheitenrechte in der GmbH und ihre ihre Reform.- Hamburg 1964.

KUHN. -Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften.- Tübingen 1964.

KUNZE. -Bemerkungen zu Inhalt und Methode einer Unternehmensrechtsreform. Fest. für Gessler (1971), p. 47 ss.

LABAND. -Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, en Festschrift für das gesamte Handelsrecht.- XXX (1885), p. 469 ss.

LA LUMIA. -La atipicità nelle società commerciali.- Riv. Dir. Comm. 1938, I, p. 217 ss.

LARENZ. -Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts.- 2. Aufl. München 1972.

LARENZ. -Fall, Norm, Typus, eine rechtlogische Studie. Festgabe für H. und M. Glockner.- Bonn 1966.

" -Die Begründung von Schuldverhältnisse durch sozialtypisches Verhalten.- NJW 1956, p. 1897-1900.

" -Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht.- NJW 1963, p. 737.

" -Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil, 10. Aufl., München 1970.

" -Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung.- 3. Aufl. München-Berlin 1963.

" -Methodenlehre der Rechtswissenschaft.- Berlin 1969.

" -Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik.- JZ 1962, p. 105.

LASTIG. -Manuale di Diritto Commerciale, Maritimo, cambiario.- (en la obra de Endemann). Vol. I. Trad.: Betocchi-Vighi. Napoli 1897.

LATTIN. -The Law of Corporations.- Brooklyn 1959.

LATTY. -The close Corporation and the New North Carolina Business Corporations.- Act 34, N.C.L. Rev. 432, 1956.

LAUFKE. -Die Handelsgesellschaften und das zwingende Recht.- Prag 1931.

" -Vertragsfreiheit und Grundgesetz. Fest. für H. Lehmann.- Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, Bd. I, p. 145.

LEENEN. -Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB.- Berlin 1971.

LEHMANN-DIETZ. -Gesellschaftsrecht.- 3. Aufl. Berlin-Frankfurt 1970.

LEONARD. -Das Schuldrecht des BGB.- München-Leipzig 1929.

LEVY-BRUHL. -Le regime fiscal des sociétés de commerce au XVIII siècle.- RHDM e E (1934).

LEVY-BRUHL. -Les différentes espèces de sociétés de commerce en France aux XVII et XVIII siècles.- RHDM e E (1957).

LIBONATI. -L'amministratore non socio di società in nome collettivo.- Riv. Dir. Comm. 1965, I, p. 426 ss.

" -Responsabilità e rischio d'impresa.- Riv. Dir. Comm. 1974, p. 102 ss.

LIMBACH. -Der Referentenentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes und die Rechtswirklichkeit, en GmbH-Reform.- Bad Homburg-Berlin-Zürich (1970), p. 11 ss.

- LIMBACH. -Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit, GmbH-Rundschau (1967), p. 71 ss.
- " -Theorie und Wirklichkeit der GmbH.- Berlin 1966.
- LUBBERT. -Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung.- Stuttgart 1906.
- LYON-CAEN. -Beitrag zu den Möglichkeiten der Vertretung der Interessen der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, en Studien, Reihe Wettbewerb 1970.
- MANARA. -Delle società e delle associazioni commerciali.- Torino 1902
- MANIGK. -Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen.- Berlin 1935.
- MAYER-LANDRUT. -Aktiengesetz, Grosskommentar.- Berlin-New York 1973.
- MEIER-HAYOZ. -Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft, en Fest. für W. Hug.- Bern 1968, p. 377 ss.
- " -Zur Typologie im Aktienrecht, en Lebendiges Aktienrecht. Festgabe für Bürgi.- Zürich 1971, p. 243 ss.
- MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT. -Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht.- ZSR 90 (1971), p. 293 ss.
- MENENDEZ. -Auxiliares del empresario.- RDM 27 (1959), p. 269 ss.
- MENGIARDI. -Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts. Zur Bedeutung der Typuslehre für das Recht der Personengesellschaften und juristischen Personen.- ZSR 87 (1968), p. 1 ss.
- MERTENS. -GmbH Co. und Gesellschaftsrechtsdogmatik, GmbH-Rundschau (1967) p. 45 ss.
- " -Die Einmann-GmbH und Co. KG und das Problem der gesellschaftsrechtlichen Grundtypenvermischung.- NJW 66, p. 1049.
- MESTMÄCKER. -Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge.- JZ 1964, p. 441.
- " -Das Verhältnis der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht.- AcP 1968, p. 235 ss.
- " -Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, en Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik.- Ed. por L. Raiser y otros (1964).
- " -Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten.- Karlsruhe 1958

- MIGNOLI. -Le problème des types de sociétés en droit italien, en Evolution et perspectives- Tomo I, Milano 1968, p. 373ss.
- MOHRING. -Die Nachträgliche Vinkulierung der GmbH-Gesellschaftsanteile. GmbH-Rundschau 1963, p. 201 ss.
- " -Geschäftsführung- und Überwachungsausschüsse in Personengesellschaften.- Juristen Jahrbuch, Bd. I, 1966/67, p. 123 ss.
- MULLER. -Drittorgane bei Personengesellschaften?.- NJW 1955, p. 1909 ss.
- MULLER-ERZBACH. -Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens veranschaulicht am Gesellschaftsrecht.- AcP 154 (1955), p. 342 ss.
- " -Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung, en Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, Marburg 1931, p. 737 ss.
- " -Deutsches Handelsrecht.- 2. u. 3. Aufl., Tübingen 1928.
- " -Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens.- Weimar 1948.
- " -Die Rechtswissenschaft im Umbau, Ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens.- München 1950.
- NAEF. -Kennt das schweizerische Recht die stille Gesellschaft?.- ZBJV 96 (1960), p. 257 ss.
- NAEGELI. -Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderer Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht.- Bd. I, Zürich-Berlin 1936. Bd. 2 Zürich-Berlin 1941.
- NAVARRINI. -Delle società e delle associazioni commerciali.- Commento al Cod. Comm. Milano 1924.
- NEUMANN/DUESBERG. -Die Aussenhaftung des Kommanditisten.- DB 1965, p. 769.
- NIETHAMMER. -Haftung eines zum Prokuristen bestellten Kommanditisten.- BB 1959, p. 725.
- NITSCHKE. -Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft.- Bielefeld 1970.
- " -Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten für die Gewerbesteuer-schuld der KG?.- DB 1965, p. 525 ss.
- OFTINGER. -Die Vertragsfreiheit, en Freiheit des Bürges im Schweizerischen Recht.- Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung. Zürich 1948, p. 315 ss.

V. OMMESLAGHE. -Les Groupes de sociétés.- Rev. Prat. Soc. (1965), p. 153 ss.

" -La première Directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés. Cahiers Dr. europ. 5 (1969), n° 5 y n° 6.

O'NEAL. -Close Corporations.- Chicago 1958 (Supplements 1967).

OTT C. -Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft.- Diss. Tübingen 1966.

OTT W. -Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht.- Bern 1972.

PATRY. -Le contrôle de la constitution de sociétés anonymes en Suisse.- ZSR 1962, p. 245 ss.

" -Les divers types de sociétés en droit Suisse, en Evolution et Perspectives- Tomo I, Milano 1968, p. 417 ss.

PAULICK. -Atypische Gesellschaftsformen im Lichte des Steuerrechts, en Fest. für H.C. Nipperdey zum 70 Geburtstag.- Bd. II, München-Berlin 1965, p. 843 ss.

" -Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung.- Tübingen 1964.

" -Handbuch der stillen Gesellschaft.- Köln 1959.

" -Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen.- ZHR 138 (1974).

PAVONE LA ROSA. -Società occasionale e impresa nel sistema del nuovo Cod. Civ., en Ann. del Seminario giur. dell'Università di Catania IV (1949-50), Napoli 1950.

PEDRAZZINI. -Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft.- SJZ 52 (1956), p. 339 ss.

PFEIFFER. -Zulässigkeit und Wirkungen der sogenannten Vertreterklausel bei der OHG. Diss. Berlin 1965.

PLEYER. -Vertrag und Wirtschaftsordnung.- Jz 1963, p. 233 ss.

PLUM. -Der fortschreitende Strukturwandel der Personalgesellschaft durch Vertragsgestaltung, en Hundert Jahre Deutsches Rechtslebens- Bd. II, Karlsruhe 1960, p. 137 ss.

PUTTNER. -Das Depotstimmrecht der Banken.- Berlin 1963.

RADBRUCH. -Die Natur der Sache als juristische Denkform, Fest. für Laun, Hamburg 1948.

- RADBRUCH. -Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, en Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts.- Brün 1938.
- RAISCH P. -Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts.- Karlsruhe 1965.
- RAISCH/SOLTER/KARTTE. -Fusionskontrolle. Für und Wider.- Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1970.
- RAISER. -Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, en Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben...- Bd. I, Karlsruhe 1960, p. 131 ss.
- " -Die Wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen.- Verh. des 39. Dt. Juristentages (1951), p. 1357 ss.
- " -Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, en Summum ius, Summa iniuria.- Tübingen 1963, p. 145 ss.
- " -Wirtschaftsverfassung als Rechtsprobleme, en Fest. für Gierke.- Berlin 1951.
- " -Vertragsfreiheit heute.- JZ 1958, p. 1 ss.
- RAISER T. -Das Unternehmen als Organisation.- Berlin 1969.
- RAMM. -Die Freiheit der Willensbildung..Ein Grundprinzip der Rechtsordnung.- NJW 1962, p. 465 ss.
- RASCH. -Deutsches Konzernrecht.- 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1966.
- " -Das Ende der Kapitalistischen Rechtsordnung.- Heidelberg 1946.
- RASNER. -Die atypische stille Gesellschaft.- Bielefeld 1961.
- RATHENAU. -Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung.- Berlin 1917.
- RAUTMANN. -Probleme aus dem Recht der Unternehmens Verträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, en Beiträge zur Aktiensrechtsreform.- Heidelberg 1959.
- REFERENTENENTWURF eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Heraus. von Bundesministerium der Justiz.- Köln-Marienburg 1969.
- REHBINDER. -Konzernausenrecht und allgemeines Privatrecht.- Bad Homburg v.d.H. 1969.
- REIFF. -Entziehung der Vertretungsbefugnis des einzigen Komplementärs einer KG?.- NJW 1964, p. 1940.
- REINACH. -Die aprioristischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts. Zur Phenomenologie des Rechts.- München 1953.
- REINHARDT. -Die Fortentwicklung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft.- ZBJV 103, p. 329.

- REINHARDT. -Die Gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, in Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentag 1951.- Tübingen 1952.
- " -Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag. Fest. für Schmidt-Rimpler.-Karlsruhe 1957, p. 115.
- " -Die Kommanditgesellschaft im schweizerischen Gesellschaftsrecht. Diss. Zürich 1971, p. 27 ss.
- " -Gedanken zum Identitätsprobleme bei der Einmann-Gesellschaft. Fest. für Lehmann, Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, p. 576.
- " -Privatsunternehmen und öffentliche Interesse. Fest. für Hueck, Berlin-München 1959, p. 439.
- RENAULD. -La loi du 27.3.1957, in Rev.Prat.Soc. (1957), p. 205 ss.
- REUTER. -Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen.- Frankfurt/M 1973.
- RICHARD U. -Atypische Kommanditgesellschaften.- Bern 1971.
- RICKERT. -Die Grenzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung.- Tübingen 1929.
- RIPERT. -Traité élémentaire de Droit Commercial.- Paris 1954.
- RIPERT/ROBLLOT. -Traité élémentaire de Droit Commercial.- Paris 1963.
- RIVOLTA. -Partecipazione patrimoniale del socio nelle società commerciali.- Milano 1961.
- ROCCHI. -Sulla classificazione delle società commerciali anche in relazione alla loro atipicità.- Riv.Dir.Comm. 1941, I, p.297ss.
- " -Il fallimento delle società commerciali,Roma 1937
- RODE. -Begriffliche und typologische Gesetzesinterpretation.- JR 1968 p.401 ss.
- RODIERE. -Droit commercial.Grouppements commerciaux,Paris 1972
- RODIERE/HOUIN. -Droit commercial.-Paris 1970
- ROMANO-PAVONI. -Teoria delle società.Tipi-costituzione.-Milano 1953
- ROMER. -Nachfolge-und Bestandssicherung der Personalgesellschaften des Handelsrechts im Erbfall.-Berlin 1963
- ROTH. -Das neue niederländische Aktienrecht:Absage an die "Unternehmensdemokratie"?.- AWD BB,1974,312 ss.
- " Das Treuhandmodell des Investmentrechts.Eine Alternative zur Aktiengesellschaft.- Frankfurt/Main 1972
- RUBIO. -Curso de Derecho de sociedades anónimas.-Madrid 1964

- RUTENFRANZ. -Der "Beirat" im Gesellschaftsrecht.- NJW (1965), p. 238 ss.
- SACCO. -Autonomia contrattuale e tipi.- Riv.Trim.Dir.Proc.Civ. (1966), p. 785 ss.
- SACK R. -Zur Rechtsnatur der sogenannten Steuerabschreibungs Gesellschaften.- BB (1974), p. 1657 ss.
- " -Der vollkaufmännische Idealverein.- ZGR 2 (1974), p. 179 ss.
- SÄCKER. -Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht.- Düsseldorf 1971.
- SALANDRA. -Le società irregolari nel diritto vigente.- Roma 1935.
- SANDERS. -Reform des Gesellschaftsrechts in der Niederländer.- AG (1971) p. 389 ss.
- " -Die Niederlande auf dem zum Unternehmensrecht, Recht und Internationalerhandel, en Fest. für Schmitthoff.- Frankfurt/M. 1973, p. 311 ss.
- SANDROCK. -Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften.- AcP 159 (1960/61), p. 481 ss.
- " -Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung.- 1966.
- " -Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht.- Köln-Opladen 1966.
- SAVIGNY. -System des heutigen römischen Rechts.- Berlin 1840.
- SCHAFER G. -Zulässigkeit und rechtliche Grenzen der GmbH Co..- Diss. Frankfurt 1966.
- SCHEUERLE. -Das Wesen des Wissens.- AcP 163 (1963), p. 429.
- SCHILLING. -Die GmbH Co. KG als Einheitsgesellschaft, en Wirtschaftsfragen der Gegenwart. Fest. für Barz.- Berlin-NEW York 1974, p. 67 ss.
- " -Rechtspolitische Gedanken zur GmbH Co KG, Festgabe für Kunze.- Berlin 1969, p. 189.
- " -Die Handelsgesellschaft auf Einlagen, die GmbH Co. KG und die GmbH-Reform.- BB 1972, p. 1 ss.
- " -Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen mit beschränkter Haftung.- JZ 1953, p. 161.
- SCHLEGELBERGER. -Die Handelsgesellschaften im Spiegel der neuen Rechtsauffassung.- Soz.Prax. (1939), p. 1 ss.
- SCLEGELBERGER/GESSLER. -Handelsgesetzbuch.- Berlin-Frankfurt 1963.

- SCHLUEP. -Die methodologische Bedeutung des Typus 'im Recht, en Festgabe für M. Obrecht.- Solothurn 1961, p. 9ss.
- " -Schutz der Aktionärs auf neuen Wegen?,-SAG 33 (1960/61), p. 137 ss.
- SCHMIDT K. -Haftungsprobleme der "Bürgerlich-rechtlichen Kommanditgesellschaft".- DB 1973, p. 635 ss.
- SCHMITTHOFF/THOMPSON. -Palmer's Company Law.- 21 ed. (1968).
- SCHNEIDER. -The american Close Corporation and its german Equivalents.- 14 Bus. Lawyer 228 (1958).
- SCHNEIDER U. -Die Änderung des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft durch Mehrheitsbeschluss. Ein Beitrag zur Funktion und zum Umfang des Minderheitenschutzes bei Personengesellschaften.- ZGR 4 (1972),p. 357 ss.
- SCHOPP. -Die Vertretung und Geschäftsführung durch Nichtgesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft.- Rechtspfleger 1963, p. 186.
- SCHREIBER O. -Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht.- JhJb 60, p. 107.
- SCHULTZE v. Lasaulx. -Zur Frage der Gestaltungsfreiheit für Gesellschaftsverträge. Eine Bestandsaufnahme. Abschied von Illusionen.- ZfgG Bd. XXI (1971), p. 325 ss.
- SCHULZE-OSTERLOH. -Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften.- Berlin-New York 1973
- SCHWAMBERGER. -Teilung der Geschäftsführungsbefugnis und Geschäftsverteilung in der Personengesellschaften des Handelsrechts.- BB 1963,p.279 ss.
- SECRETAN. -L'étendue de la liberté de choix entre les diverses corporations de droit privé.- ZBJV 96(1960) p.173 ss.
- SERICK. -Rechtsform und Realität juristischer Personen.-Berlin-Tübingen 1955
- SIEBERT. -Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters.- Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Fest. für Hueck, München-Berlin 1959,p.321 ss.
- " -Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften StBJB 1955/1956,p.299 ss.
- " -Zur atypischen stillen Gesellschaft.- NJW 1953,p.806 ss.
- " -Die faktische Innengesellschaft.- BB 1958,p.1065 ss.
- SIEGWART. -Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform en Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg (Schweiz) zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins 1943.- Freiburg 1943,p.173 ss.

- SIEGWART. -Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten. Rektoratsrede Freiburg (Schweiz) 1936
- SILBERSCHMIDT. -Die Haftung der am Unternehmen mitarbeitenden Kommanditisten und stillen Gesellschafter vom Standpunkt der Interessenwägung aus.- LZ 1932, p. 1329 ss.
- " -Die commenda in ihrer frühesten Entwicklung bis zum XIII Jahrhundert.- Würzburg 1884
- SIMITIS. -Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts.- Frankfurt 1957
- SIMONETTO. -Responsabilità e garanzia nel diritto delle società.- Padova 1959
- SOERGEL/SCHULZE-v. LASAULX. - BGB 10. Aufl.- Stuttgart 1968
- SOPRANO. -Trattato teorico-pratico delle società commerciali I.- Torino 1934
- SPADA. -La tipicità delle società.- Padova 1974
- STAUB. -Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. bearbeitet von KOENIGE, PINN BOND. - Berlin-Leipzig 1932
- STAUDINGER/GEILER/KESSLER. -Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.- Berlin 1954
- STECKHAN. -Die Innengesellschaft.- Berlin 1966
- STEIGER. -Observations concernant la possibilité des autorités du registre du commerce d'intervenir contre l'abus de l'emploi des formes de sociétés à disposition.- ZBJV 96 (1960) p. 190 ss.
- STEINER. -Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft in der deutschen. Wirtschaft. Ihre Ausgestaltung zu modernen Unternehmensformen.- Tübingen 1950
- STOLL. -Begriff und Konstruktion in der Lehre von der Interessenjurisprudenz. Festschrift für Heck, Rämelin, Schmidt.- Tübingen 1931, p. 60 ss.
- STRACHE. -Das Denken in Standard. Zugleich ein Beitrag zur Typologik.- Berlin 1968
- SUDHOFF. -Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften.- München 1967
- " -Gewinnanteil und Auseinandersetzungsguthaben des stillen Gesellschafters.- NJW 1960, p. 2121 ss.
- TEICHMANN. -Rechte des einzelnen und Befugnisse der Minderheit in "GmbH-Reform.- Bad Homburg 1970
- " -Die Gesetzesumgehung.- Göttingen 1962
- " -Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen.- München 1970
- TERCIER. -La dissolution de la société anonyme par justes motifs.- SAG 1974 p. 67 ss.
- TINGLE. -The Stockholder's Remedy of Corporate dissolution.- Montana 1959

- TRIAS DE BES. -La limitacion de la responsabilidad aplicada a las empresas individuales.- AAMN 1948 p.359 ss.
- ULMER P. -Der Vertragshändler.Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren.-München 1969
- URIA. -Derecho Mercantil.- Madrid 1975
- VALERO AGUNDEZ. -La fundacion como forma de empresa.-Valladolid 1969
- VALLENTHIN. -Die Ausübung von Aktionärstimmenrechten durch Banken.- AG 1968,p.207 ss.
- VERRUCOLI. -Evolution et perspectives du droit des sociétés,a la lumiere des differentes experiences nationales.I,Milano 1968
- VICENTE Y GELLA. -La responsabilidad limitada del empresario individual.- RDM 1953 p.153 ss.
- VIVANTE. -Trattato di diritto commerciale.-Milano 1923
- WEINHAGEN. -Nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche ist bei Constituirung einer offenen Fandelsgesellschaft die Vereinbarung zulässig,dass keiner der Gesellschafter berechtigt sein soll,die Gesellschaft zu vertreten (die Firma zu zeichnen). Archiv für Theorie u.Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts bd.1,Leipzig 1963,p.418 ss.
- WEIPERT. -Reichgerichtsräte-Kommentar zum HGB.-Bd.II,2.Aufl.,Berlin 1942
- WELZEL. -Naturrecht und materielle Gerechtigkeit.Problemgeschichtliche Untersuchungen als Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie.- Göttingen 1955
- WESTERMANN. -Handbuch der Personengesellschaften.Gesellschaftsrechtlicher Teil.- Köln 1967
- " -Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens en Steuer und Recht,H.5,Herne 1959
- WESTERMANN H.P. -Das Emissionskonsortium als Beispiel gesellschaftsrechtlicher Typendehnung.- AG 1967,p.285 ss.
- " -Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts in rechtsvergleichender Sicht.-Zeitschrift für vergl.Rechtswissenschaft 73(1973) p.176 ss.
- " -Unternehmensverfassung und Gesellschaftsrecht en Fest. für Westermann.- Karlsruhe 1974,p.571 ss.
- " -Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft.-Berlin-Heidelberg-New York 1970
- WETTER. -Die Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung.- BB 1968, p.734 ss.
- WIEACKER. -Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung.- Göttingen 1967

WIEDEMANN. -Die nachträgliche Vinkulierung von Aktien und GmbH-Anteilen.-
NJW 1964, p. 282 ss.

" -Minderheitenschutz und Aktienhandel.-Stuttgart 1968

" -Rechtsicherheit, Ein absoluter Wert?, Gedanken zum Bestimmtheits-
erfordernis zivilrechtlicher Tatbestände, Festschrift für Laren 1973
p. 199 ss.

" -Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH en WIEDEMANN/
BAR/DABIN, Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Arbeiten
zur Rechtsvergleichung, Frankfurt 1968

" -Die Übertragung und Vorererbung von Mitgliedschaftsrechten bei
Handelsgesellschaften.-München 1965

WIELAND. -Handelsrecht, Bd 1, München-Leipzig 1921; Bd. 2, München-Leipzig 1931

WIETHOLTER. -Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerika-
nischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961

" -Die GmbH, Co., KG, Chancen und Grenzen en Aktuelle Probleme der
GmbH Co.- Köln 1967, p. 11 ss.

" -Die GmbH in einem modernen Gesellschaftesrecht und der Refe-
rentenentwurf eines GmbH-Gesetzes en Probleme der GmbH-Reform.-
Bad Homburg-Berlin-Zürich 1970

WINTER. -Remedies for oppression in Close Corporations in Indiana.-41 Ind. L. J.
1966, p. 256 ss.

WOHLMANN. -Die Treuepflicht des Aktionärs.-Zürich 1968

WOLFF H. -Organschaft und juristische Person, Bd. II: Theorie der Ver-
tretung.- Berlin 1934

WOLF A. -Grenzen der Dispositionsbefugnis im Recht der Personalgesellschaften.-
Heidelberg 1963

WOLFF H. -Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952,
p. 193 ss.

WORDINGER. -Aktien- und Konzernrecht.-Karlsruhe 1973

" -Das Recht der Personalgesellschaften, 1. Teil: Die Kommandit-
gesellschaft, 1. Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht
der Personalgesellschaften der Akademie für deutsches Recht.-
München-Berlin 1939

" -Betrachtungen zur Reform der Personalgesellschaften.-AcP 144, p. 129

" -Betrachtungen zur inneren Struktur der Kommanditgesellschaft.-
Soz. Prax. 1938, p. 193 ss.

" -Gesellschaften, 1. Teil, Recht der Personalgesellschaften.-Hamburg 193

ZIELINSKI. -Grundtypenvermischungen im Handelsgesellschaftsrecht.- Marburg 1925

ZIPPELIUS.^{..} -Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen en Festschrift für Engisch.-Frankfurt/Main 1969,p.224 ss.

ZOLLNER.^{..} -Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden.München 1963

▼ -Vertragsfreiheit und Bindung an den Typus im ehelichen Güterrecht.- FamRZ 1965,p.113 ss.